



HHoffmann 1880.

XIV

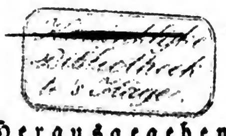
Rechtsgutachten

und

Entscheidungen

des

Spruchcollegii der Universität Heidelberg.



Herausgegeben

von dem Professor und Justizrath

C. Martin

daselbst.

Erster Band.

Heidelberg,
bei Mohr und Zimmer
1808.

Vorrede.

Es verdient stets eine besondere Rechtfertigung, wenn ein Schriftsteller die bereits vorhandene große Anzahl der Sammlungen von Rechtssprüchen, noch zu vermehren sich entschließt. Sollte man nicht die Bereicherung, welche die Rechts-Theorie allerdings manchen solcher Ausarbeitungen verdankt, auch ohne die umständliche Auseinandersetzung des gan-

zen Rechtsstreits, welcher zu dieser Erörterung den Anlaß gab, genügend darstellen, ja besser und ausführlicher oft noch, als in den Entscheidungsgründen eines Urtheils geschehen kann, entwickeln können? Sollte, Merkwürdigkeit der Thatsachen, welche, wie man annimmt, eine zweite Classe von Ausarbeitungen des Druckes werth machen kann, jetzt noch eine solche Bekanntmachung hinreichend rechtfertigen, da man doch bereits einen beträchtlichen Vorrath auch der in dieser Hinsicht interessanten Rechtsfälle gedruckt hat? Und sollte bei dieser zuletzt gedachten Classe, nicht wenigstens die Form des Urtheils und der Entscheidungsgründe unpassend seyn?

Je mehr ich von dem Gewichte dieser Fragen überzeugt bin, desto mehr fühle ich mich veranlaßt, einige Worte über die Veranlassung der gegenwärtigen Sammlung voranzuschicken. — Seit beinahe einem Jahrhun-

dert *), erhielt das juristische Publicum keine Ausarbeitungen des hiesigen Spruchcollegii im Druck mitgetheilt; man hätte daher, wiewohl mit Unrecht, an dessen Thätigkeit in diesem Zweige akademischer Beschäftigungen zweifeln können. Daher schien, besonders die im Jahre 1803 erfolgte Regeneration der hiesigen Universität eine gegründete Veranlassung zu seyn, dem Publico Rechenschaft vor dem Richterstuhle der Critik, darüber abzulegen, ob und wie man hier diese Geschäftsgattung behandle und ob man sich auch (bei den ermunternden Beweisen des öffentlichen Zutrauens, deren sich unser Spruchcollegium zu erfreuen hat) bestrebe, in Form und Materie der Ausarbeitungen, dem jetzigen Standpuncte der Rechtswissenschaft zu entsprechen?

*) Denn, meines Wissens, finden sich hiesige Facultäts-Ausarbeitungen, zuletzt in Heinrich von Cocceji Consil. et respons. 1725 mit abgedruckt.

Ich, der Herausgeber, aber glaubte deshalb besonders veranlaßt zu seyn, die Ablegung dieser öffentlichen Rechenschaft zu übernehmen, weil das Directorium dieses Geschäftszweigs (Ordinariat) an die Professur der juristischen Praxis auf hiesiger Akademie geknüpft und somit ich die Ehre habe, daß mir solches zu Theil geworden ist.

Wenn, diesem gemäß, schon ein specieller Rechtfertigungsgrund mir als Herausgeber zur Seite stehet; so kann ich doch noch einen zweiten hinzufügen, welcher ebenfalls nicht verwerflich seyn dürfte. Es ist, der wiederhohlte und dringende Wunsch des Hofraths Schubert, (auf dessen Anfrage das weitläufige Gutachten, S. 1—164, ausgearbeitet ist) zur Rettung seiner unverdienterweise gekränkten Ehre, dieses Gutachten durch den Druck zu verbreiten. — Ich war der Verfasser dieser Arbeit und konnte seinem gerechten Begehren nichts entgegensetzen;

allein es schien mir doch passender, jenen in rechtlicher und factischer Hinsicht so merkwürdigen Rechtsfall, nicht einzeln, dem Publico vorzulegen; sondern das Interesse, durch Verbindung mit mehreren, für die Theorie des gemeinen Rechts nicht unwichtigen Ausarbeitungen, zu erhöhen und vielseitiger zu machen.

In der Ausführung dieses Wunsches, unterstützte mich nun die Gefälligkeit meiner so sehr geschätzten Freunde und Collegen, des Hofraths Thibaut und Justizraths Heise, welche mir erlaubten, auch von den Ausarbeitungen, welche das hiesige Spruchcollegium ihnen verdankt, mehrere in dieser Sammlung abdrucken lassen zu dürfen.

Auf diese Art entstand die gegenwärtige Sammlung; der, nur auf den besondern Wunsch des Verlegers, der Beisatz, „erster Band" gegeben ist. Denn ob eine Fort-

setzung folgen solle, werde ich lediglich von dem Wunsche des Publicums und dem Urtheile der Sachkenner, über die Zweckmäßigkeit der jetzigen Auswahl, abhängig machen.

Heidelberg im Junius 1808.

C. Martin. D.

Inhalt.

I. Ueber die Nothwendigkeit einer genauen Prüfung der Anzeigen eines Verbrechens, und über den Werth der sorgfältigen Beobachtung aller Förmlichkeiten des Beweisverfahrens, gleich bei Einleitung eines peinlichen Processes. S. 1—164.

1) Geschichtserzählung und Darstellung des bisherigen gerichtlichen Verfahrens. S. 1—19.

2) Rechtsgutachten selbst; über

A) die erste Frage, die gänzliche Freisprechung des Inculpaten betreffend. S. 20—142. Plan der Arbeit, mit seiner Rechtfertigung §. 15. 16. Erörterung

α) der Vorwürfe verletzter Dienstpflichten eines gerichtlichen Depositarii 1) als eigenes Delict. — Von Dienstverbrechen der Staatsbeamten überhaupt §. 17. Von Würzburgischen Depositenordnungen besonders. §. 18. Prüfung der einzelnen Thatsachen §. 19—24. — 2) als Indicium anderer Verbrechen. §. 25.

β) der Anschuldigung einer Unterschlagung von nicht als entwendet angegebenen Depositen-Geldern §. 26. — Erörterung, ob Unterschlagung der Depositen-Gelder zum crimen residui gehöre. §. 27. — Einzelne Thatsachen §. 28—69.

γ) der Anschuldigung einer Entwendung deponirter Gelder oder deren Vorspiegelung §. 70—88. (wobei, von der Beweisführung durch Kunstverständige, — von Präsumtion eines unveränderten Zustandes — von Erstattung der gestohlnen Summe durch unbekannte Pönitenten — u. a. die Frage ist.)

δ) der Verbindlichkeit, die Untersuchungskosten zu tragen §. 89. Resultat §. 90.

B) Die zweite Frage, wegen Genugthuungs- und Entschädigungs-Ansprüche des Quärenten gegen die Untersuchungs Commission. S. 142 — 150. — Von der Rechtskraft peinlicher Urtheile §. 92. Von einer Syndikatsklage §. 93. Vom Verschulden des Gerichts. §. 94. 95. — Resultat §. 96.

C) Die dritte Frage, vom Regreß gegen den Denuncianten. S. 150—156.

D) Die vierte Frage, von Ahndung der Vorwürfe, welche Quärent dem Gericht gemacht hat. S. 157—160.

E) Die fünfte Frage, über den Grund oder Ungrund des dem Quärenten gemachten Vorwurfs, einer geflissentlichen Verzögerung dieser Untersuchung. S. 160—164. (mit Rücksicht auf das von mißlungenen, rechtlich aber erlaubten, Vertheidigungsinstanzen hergenommene Argument der Geflissenheit der Zögerung.)

II. Erörterung eines merkwürdigen Successions-Falles. S. 165—206.

1) Geschichtserzählung §. 1—7.

2) Inhalt der aufgestellten beiden Fragen §. 8.

3) Beantwortung.

A) Der ersten Frage, nach welches Ortes Gesetzen dieser Successions-Fall zu entscheiden sey?

a) nicht nach den in foro rei sitae geltenden Gesetzen (§. 9.), sondern

b) nur nach denen des Wohnorts vom Erblasser (§. 10.); auch in Hinsicht testamentarischer Erbfolge (§. 11.) und in Rücksicht der Mobilien (§. 12.).

c) Ungeachtet der rechtskräftig angenommenen Competenz des fori rei sitae (§. 13.).

d) besondere Gründe dafür, daß auch in Frankreich die deutschen Gesetze in diesem einzelnen Falle anzuwenden seyen (§. 14.).

B) Der zweiten Frage: über die stillschweigende Anerkennung eines als ungültig bestrittenen Testaments. S. 191. fll.

a) Die Intestaterben konnten ihrem Rechte gültig entsagen (§. 15.); ob sich gleich unter ihnen ein Unmündiger befindet (§. 16.).

b) Diese Entsagung ist auch durch die That wirklich geschehen (§. 17.).

III. Untersuchung der Frage, wie bald trifft den Beklagten der Nachtheil einer fingirten Litiscontestation, wenn er im ordentlichen Processe sich nur durch unzureichende Einreden gegen die Klage vertheidigt? S. 207 — 246.

a) Dogmengeschichte

α) ältere Meinung §. 1.

β) Gönner's Theorie §. 2.

b) Widerlegung der letzteren

1) als nicht durchgreifend, allgemein betrachtet, (§. 3.) und besonders

α) bei dilatorischen Einreden (§. 4. 5. 6.)

β) bei illiquiden peremtorischen Einreden (§. 7.)

2) als gesetzwidrig (§. 8.)

c) Resultat (§. 9.)

d) Belege durch einige Entscheidungen
α) erstes Urtheil (§. 10.) nebst seinen Gründen (§. 11—21.), worin zugleich die Verbindlichkeit eines Vaters, sein uneheliches Kind legitimiren zu lassen, verneint ist;
β) zweites Urtheil (§. 22.) und dessen Gründe (§. 23—31.), in welchen zugleich von unheilbarer Nichtigkeit des Proceßverfahrens und der Art, diese in oberer Instanz zu emendiren, die Frage ist.

IV. Vom Anfange der Verjährung nichtig veräusserter Kirchengüter. S. 247—272.
a) Geschichtserzählung und Proceßgeschichte (§. 1. und 2.)
b) Urtheil (§. 3.).
c) Entscheidungsgründe (§. 4—18.), worin gezeigt ist, daß hier ausnahmsweise praescriptio dormiens sey, bis zur Anstellung eines Amts-Nachfolgers des Veräusserers; auch die Beweislast bei Nichtigkeitsklagen erörtert wird.

V. Von der Compensation mit Forderungen, über welche erst Rechnung abgelegt werden soll. S. 273—281.
α) Theoretische Betrachtung (§. 1—3.)
β) Erläuterung durch einen Rechtsfall,

1) dessen Geschichte und Entscheidung (§. 4.);
2) die Entscheidungsgründe (§. 5—8.).

VI. Von dem Gerichtsstande der Werbofficiere im Auslande. S. 282—292.

1) Von Exterritorialität fremder Agenten überhaupt (§. 1.);
2) besondere Erörterung des einzelnen Falles,
c) Urtheil (§. 2.);
b) Urtheilsgründe (§. 3—10.), worin zugleich von den Wirkungen eines persönlich privilegirten Gerichtsstandes im Auslande, und von der Verbindlichkeit eines Mandatars, sich aus dem in fremden Namen geschlossenen Contracte, foro contractus belangen zu lassen, gehandelt ist.

VII. Von Vindication auf Credit verkaufter Sachen, weil ein Dolus des Käufers das Creditgeben veranlaßte. S. 293—318.

a) Factum und Proceßgeschichte (§. 1. und 2.)
b) Urtheil (§. 3.)
c) dessen Gründe
α) in Ansehung der Formalien (§. 4.)
β) rücksichtlich der Materialien (§. 5—17.), worin jene Streit-Frage theoretisch (§. 8—15.) erörtert ist.

VIII. Von der Beschaffenheit und den Voraussetzungen kirchlicher Polizei-Strafen, im Gegensatze wahrer Criminalstrafen. S. 319—331.

1) Einleitung (§. 1.)

2) Erörterung des Thema's selbst

a) Differenz beider Arten von Strafsachen (§. 2—5.)

b) Voraussetzungen kirchlicher Polizeistrafen (§. 6—9.).

IX. Erörterung verschiedener Gegenstände der Civil-Proceß-Theorie. S. 332—355.

1) historische Einleitung (§. 1—4.)

2) Urtheil selbst (§. 5.)

3) dessen Gründe, mit Entwickelung

A) des speciellen Gerichtsstandes und der Proceßart bei einzuklagenden Deservitten eines Sachwalters (§. 6. und 7.)

B) vom Verluste des beneficii divisionis zur Strafe des Leugnens (§. 8.)

C) von der Befugniß einen deferirten und acceptirten Haupteid zurückzunehmen (§. 9—14)

D) von Rechtskraft richterlicher Handlungen (§. 15—16.).

Schluß (§. 17—18.).

X. Beiträge zu der Lehre vom Erbfolgerecht einer armen Wittwe in ihres Mannnes Nachlaß.

a) Geschichtserzählung (§. 1. 2.)

b) Urtheil (§. 3.)

c) Entscheidungsgründe in Rücksicht der Fragen

1) ob Wiederverheirathung binnen dem Trauerjahre jenes Erbfolgerecht aufhebe? (§ .4.)

2) welche Wittwe, arm genannt werden könne? (§. 5. und 6.)

3) zu welcher Zeit, dieselbe arm seyn müsse? (§. 7—10)

4) ob die Wittwe ihr eigenes Vermögen einwerfen müsse? (§. 11. und 12.)

5) ob die Klägerin einen stillschweigenden Verzicht auf ihr Erbfolgerecht geleistet habe? (§. 13.)

6) von den Proceßkosten (§. 14.).

I.

Ueber die Nothwendigkeit einer genauen Prüfung der Anzeigen eines Verbrechens und den Werth der sorgfältigen Beobachtung aller Förmlichkeiten des Beweisverfahrens, gleich bei Einleitung eines peinlichen Prozesses. *)

§. 1.

Geschichtserzählung und Darstellung des bisherigen gerichtlichen Verfahrens.

Die dem kaiserlichen Landgerichte des Herzogthums Franken, welches seinen Sitz in Würzburg hat, anvertrauten Deposita waren so bedeutend, daß man davon aussser dem beträchlichen baaren Vorrathe, mehr als 60,000 Fl. — = bei der fürst-

*) Zur Ersparung des Raumes sind alle Allegate aus den 13 Bände starken Akten, so wie der Eingang des Gutachtens, weil das Publikum dabei kein Interesse haben kann, die Zahlen der Aktennummern zu lesen, ganz hinweggelassen, und nur die Stelle jedes Citats mit * bezeichnet. — Ausserdem aber ist allein noch die Wortstellung des ertheilten Gutachtens hin und wieder verändert.

lichen Hofkammer allein, zinsbar ausgeliehen hatte. * Für sie war daher eine eigene Depositenkammer bestimmt, in welcher zwei eiserne Depositenkasten, mit starken Schlössern versehen, standen. Diese befand sich in dem dritten Stockwerke des sogenannten Regierungsbaues zu Würzburg, eines öffentlichen Gebäudes, in welchem nicht nur das kaiserliche Landgericht selbst, sondern auch die fürstliche Regierung, einige geistliche Dikasterien, das Stadt- und das Polizeigericht, resp. ihre Sitzungs- und Expeditionszimmer hatten, und in welchem Gebäude ein Regierungsdiener wohnte. *

Um zu jener Depositenkammer zu kommen, bediente man sich

1. eines von den drei Hauptzugängen, auf denen man zu allen obengedachten Sitzungszimmern gelangen konnte, und wovon einer den ganzen Tag über unverschlossen war, ein zweiter aber ebenfalls den größten Theil des Tages über offen stand; * alsdann aber mußte man

2. entweder durch das Landgerichts- Sessions- oder durch das Expeditions- (Deputations-) Zimmer gehen, um auf den Vorplatz zu gelangen, auf welchem sich Eingang in die Depositenkammer befand. *

Beide genannte Zimmer waren täglich des Morgens von 8 — 11, und Nachmittags von 2 — 4 Uhr offen, * indem daselbst stets gerichtliche Geschäfte besorgt wurden; die Schlüssel zu gedachten Zim-

mern aber waren in abwechselnder Verwahrung der 2 Landgerichtsdiener, denen sie während des Winters zum Besorgen des Einheitzens, sogar doppelt zugestellt wurden; * wohingegen während des Sommers das Schlüsselduplikat, ehemals in der Wohnung des Landesgerichtssyndici und dessen Schreibstube aufbewahrt, * seit dem Monat August 1790 aber im landgerichtlichen Expeditionszimmer an der Wand aufgehängt wurde. *

Übrigens waren die Thürschlösser an diesen Zimmern, durchaus nicht besonders stark, noch schwer zu öffnen. *

Aus jedem dieser zwei Zimmer führte nun

3. eine Thüre, deren Schlösser, auch ohne allen Schlüssel, von innen her geöffnet werden konnten, auf den Vorplatz der Depositenkammer. *

§. 2.

Die Depositenkammer selbst aber, war mit doppelten Thüren verwahrt, von welchen die äussere stark und von Eichenholz verfertigt war, allein, nur durch ein einziges schlechtbefestigtes, * inwendig angebrachtes Schloß * zugehalten wurde, und sich bei dessen Öffnung nach dem Vorplatze zu, auswärts also, öffnete; * die innere Thüre der Depositenkammer hingegen war mit einem deutschen Schlosse versehen, und legte sich an die steinerne Thürwand nur stumpf von innen her an. * Die Schlüssel zu diesen beiden Thüren bewahrte eben sowohl aus-

schließend der landgerichtliche Depositarius, * als die Schlüssel zu den zwei eisernen Depositenkasten, deren jeder mit einem Hänge- und einem mit vielen Riegeln versehenen, an dem Kasten selbst befestigten Schlosse * verwahrt war. Von d[illegible] der Depositenkammer verdient aber nur [illegible] bemerkt zu werden, daß sich in derselben ehemals ein offener Kamin befand, welcher auf Veranlassung des Herrn Hofraths Schuberts, und zufolge dessen Relation * im Frühjahre 1791 zugemauert worden ist. *

§. 3.

Was hiernächst die Art und Weise anlangt, wie die landgerichtlichen Deposita erhoben, bewahrt, verwaltet, und wieder ausgezahlt wurden, so führt das kaiserliche Landgericht in den Akten * selbst an, „das kaiserliche Landgericht habe nichts vom Depositenwesen zu besorgen unter sich gehabt, dasselbe sey an und für sich ausser aller Verbindung mit dem Depositengeschäfte, und wäre solches jederzeit als eine landgerichtliche Syndikatssache angesehen worden.“ Ferner: „daß in Fällen, wo wegen Unrichtigkeiten bei dem Depositenwesen Klagen vorgekommen, nicht das Landgericht, sondern allein der Syndikus als Beklagter angesehen worden sey.“ Weshalb dasselbe auch abzuwenden suchte, daß aus seiner Mitte ein Condepositarius ernannt werde. *

Auch [illegible]bt sich, daß der im Jahre 1788 verstorbene Landsgerichtssyndikus Hofrath Platti, bei

dem Antritte seines Dienstes, das Depositenwesen nicht nur ohne eine ihm vom Landgericht geschehene förmliche Überlieferung und Einweisung angetreten,* sondern auch es dergestalt, ohne Mitwirkung des Landgerichts verwaltet habe, daß er die Schlüssel zu der Depositenkammer, und den Depositenkasten ausschließend in Händen hatte; * alle deponirte Obligationen und Kautionen aber nicht in jenen Behältnissen, sondern in seiner Privatwohnung, aufbewahrte, und selbst eine beträchtliche Anzahl von dringenden, oder während seiner Krankheiten eingekommenen, auch aus Zinsen der ausgeliehenen Gelder bestehenden Gelddepositis in einer Chatoulle, worinn auch seine Privatkasse sich befand, bei sich führte; ja, daß er sogar öftere Auszahlungen der fällig gewordenen Depositengelder, aus dieser Chatulle anticipirte, welche er sich demnächst von den auf dem Landgerichte selbst verwahrten Depositis wieder erstatten mußte.*

§. 4.

Schon hierdurch entstanden Verwirrungen, welche desto größer waren, da 1) der gedachte Hofrath Platti überall keine ordentlichen Depositenprotokolle, sondern über seine ganze Verwaltung nur eine unvollständige Berechnung in mehreren Aufschreibebüchern führte, aus welchen dann der Abschluß in eine Hauptrechnung, das rothe Register in den Akten genannt, erst nach dem Tode des Hofraths Platti zusammen getragen ist; und, da 2) überdies bei dem kaiserlichen Landgerichte es zum Grundsatze geworden war, die deponirte Pupillengelder auf den Namen des Landge=

richts, in mehreren großen Summen von 5 bis 10/m bei der fürstlichen Hofkammer verzinslichauszuleihen; da dann nicht nur oft zehn, und mehrere getrennte Vormundschaften an so einem Kapitale Theil hatten, sondern auch bei erfolgenden Auszahlungen häufig ein Tausch zwischen den majorenn gewordenen Mittheilhabern einer solchen Obligation nothwendig, die eine Tutele folglich an die Stelle der andern, bei diesen Kapitalien eingewiesen wurde, dergestalt, daß beinahe alle Vormundschaften in einer Gemeinschaft sich miteinander befanden, und eine in die andere verflochten war. Selbst der Hofrath Platti wünschte daher, eine Liquidation dieser so verwickelten, ja verworrenen Administration noch bei seinen Lebenszeiten veranstaltet zu sehen, und die landgerichtlichen Revisoren Schneidt und Streit erhielten dazu am 29ten Dezember 1787 vom Landgerichte den Auftrag; * allein, bei seinem den 27ten September 1788 erfolgten Tode, war dieses Geschäft nichts weniger als vollendet. *

§. 5.

Gleichwohl nahm auch selbst in dieser Lage der Sache, das Landgericht weiter keine Notiz von dem Depositenwesen, als daß mit Genehmigung des Fürsten = Bischofs, die zwei Landgerichtsräthe Lohr und Schubert, von dem Landrichter zur Administration des landgerichtlichen Syndikats, und damit verbundenen Depositenwesens und ernannt, mündlich dahin instruirt wurden,

„die Verwaltung des landgerichtlichen Syndikats,
„und Depositenwesens mit gleicher Gewalt, wie

„Herr Hofrath Platti, gemeinschaftlich zu besor„gen.“ *

Eine Überlieferung alles in dem Plattischen Nachlasse, und dessen Privatwohnung * vorgefundenen baaren Geldes, so wie der in der landgerichtlichen Depositenkammer angetroffenen Summen und der landgerichtlichen Obligationen, geschah aber, mittelst des allerdings etwas unbestimmt abgefaßten Protokolls vom 18ten Oktober 1788 und dessen Fortsetzungen *, lediglich in Gegenwart des Landrichters; und um die Liquidation des eigentlichen Betrags der damals abzuliefernden Depositorum bekümmerte sich das Landgericht überall nicht, * war daher auch in der Folge ausser Stande, die verlangte Aufklärung hierüber zu ertheilen, * und überließ vielmehr das ganze Geschäft der Auseinandersezzung der Depositenverwaltung mit den Plattischen Erben, dem Revisor Schneidt und den landgerichtlichen Syndikatsadministratoren, welche sich deshalb auch eine Kaution von 1300 Fl. baaren Geldes von den Plattischen Erben leisten liessen. *

Ja, da der Landgerichtsrath Lohr schon im Monate May 1789 es zu beschwerlich fand, täglich 4 mal den weiten Weg von seiner Wohnung nach dem Plattischen Hause hin und her zu machen, und um Entlassung seiner von der Mitadministration mündlich bei dem Landrichter nachsuchte, so wurde ihm dieses ohne Ernennung eines Nachfolgers gestattet; daher derselbe die bis dahin von ihm verwahrte Hälfte der Depositenschlüssel dem Hofrathe Schubert

mit der Erklärung übergab, daß die Verwaltung des landgerichtlichen Syndikats und Depositenwesens nunmehr ihm allein, unter Genehmigung des Landrichters überlassen werde; wobei an eine Visitation der Kasse, überall nicht * gedacht, übrigens aber dem Fürsten-Bischof von dem allem die Anzeige gemacht worden ist. *

§. 6.

Bei der dem Hofrath Schubert dem gemäß allein obgelegenen Depositenbewahrung und Verwaltung sind nun von demselben zwar über jedes eingenommene oder ausgezahlte Depositum, die erforderlichen Protokolle unter Zuziehung eines beeidigten Landgerichtsprotokollisten aufgenommen, * auch über den Empfang den Deponenten gehörige Depositenscheine ertheilt; * allein jene Protokolle befanden sich nicht in einem eingebundenen Buche beisammen, sondern waren einzelne, ungeheftete Bogen. *

Dahingegen ließ derselbe ein gebundenes Hauptbuch über alle Deposita durch den Revisor Schneidt anlegen, und während seiner Depositenverwaltung fortführen, in welches die berichtigte Summe der von dem Hofrathe Platti nachgelassenen Depositorum eingetragen, ferner alle neu eingehenden Depositengelder, nach den deshalb aufgenommenen einzelnen Protokollen verzeichnet, bei jedem Posten aber auch die davon in der Folge geleisteten Zahlungen nach Inhalt der vorgelegten Quittungen bemerkt, und etwa

aufgekommene Zinsen des Depositi gehörig berechnet sind. *

In der Art der Aufbewahrung der Depositen, folgte hingegen der Hofrath Schubert mehr dem Beispiele seines Vorgängers, indem er die hinterlegten Obligationen und Kautionsinstrumente in seiner Privatwohnung aufbewahrte, * von den Gelddepositis mehrere nicht nur ebenfalls in seiner Privatwohnung in Empfang nahm, sondern deren auch viele daselbst, in einem eigenen Kasten aufbewahrte, wenn deren baldige Wiederauszahlung wahrscheinlich war, oder es besonders verlangt wurde, daß sie daselbst verwahrt werden möchten, * so wie dann derselbe auch öfters Geld, welches sich in dem Depositenkasten bereits befand, durch Unterbediente des Landgerichtes nach seiner Wohnung tragen ließ, um sie daselbst auszuzahlen, und über dieses Herabholen der Depositen aus der Depositenkammer, wurden keine besondere Protokolle geführt. * Er bewahrte übrigens die Depositenkammer- und Kastenschlüssel in einem stets verschlossenen Schranke, * und vertraute, [wie in den Akten behauptet wird, er jedoch nicht einräumt,] solche sämtlich nur etwa ein oder zweimal dem Landgerichtssubstituten Seyffert in der Absicht an, um Obligationen aus dem Depositenkasten zu holen; * gewöhnlich hingegen, gab Hr. Hofrath Schubert die Schlüssel zu den Vorhängeschlössern für den Depositenkasten nicht eher aus den Händen, als bis vor seinen Augen der Kasten geöffnet werden sollte; bei welchen Gelegenheiten dieschwe-

ren Thür- und Kastenschlüssel aus seiner Wohnung, durch einen Landgerichts-Substituten, oder Diener, entweder unter seiner eigenen Begleitung, oder so, daß er auf dem Fuße folgte, nach dem Landgerichte getragen wurden; * ja, es soll einige male dessen Bedienter diese Depositenkammerthürschlüssel hinauf getragen haben. * Allein aber, und ohne Begleitung eines Landgerichtssubalternen, begab sich Herr Hofrath Schubert, soviel man erfahren hat, selbst nie auf die Depositenkammer. *

§. 7.

Auf diese Weise setzte derselbe nun seine Administration der landgerichtlichen Depositen bis in den Monat November 1791 wirklich fort; es ereigneten sich aber in der Zwischenzeit folgende Vorfälle, welche für das gegenwärtige Gutachten von Wichtigkeit sind. Bereits am 15ten April 1790 erstattete das kaiserliche Landgericht an den Fürsten-Bischof zu Würzburg einen, vom Hofrathe Schubert * entworfenen, umständlichen Bericht über den Umfang, und die bisherige Behandlungsart aller Dienstesgeschäfte des Landgerichtssyndici. *

In diesem wurden namentlich auch die Mängel der Depositenverwaltung umständlich gerügt, und mancherlei Verbesserungen vorgeschlagen; * allein hierauf erfolgte selbst dann noch keine landesherrliche Resolution, da der Hofrath Schubert am 25ten Juli 1790 als zweiter Syndikus des Domkapitels bestätigt, und der Landgerichtsrath Deissenberger zu sei-

nem Nachfolger in der Depositenverwaltung proviso=risch bestimmt wurde. Dem Landgerichte befahl der Fürst = Bischof nur noch auf besondern Antrag des neuen Depositarii, * diesem einen der Landgerichtsrä=the zum Condepositario zuzuordnen, und ihn von Gerichts wegen, ordentlich in die Depositenverwaltung einzuweisen; * genehmigte auch die von diesem Ge=richte in einem ausführlichen Vortrage * hierauf vorgeschlagene Art der Einweisung in jenes Ge=schäft, und die erbetene Veränderung der Person des Condepositars. *

Ob nun gleich diese Resolution bereits den 5ten September 1790 erfolgte, so ist doch von dem Landgerichte jene Einweisung des neuen Deposita=rii in das Depositenwesen überall nicht erfolgt, und nur einige male von dem Landrichter in versammel=tem Kollegio, allein ohne Nachdruck und vergebens, erinnert worden, * ja selbst von dem Hofrathe Schu=bert, noch im Monate Julius 1791 ohne Erfolg solli=zitirt. *

§. 8.

Während seiner fortgesetzten Depositenverwaltung kündigte der Hofrath Schubert aber, von den bei der Hofkammer Namens des Landgerichtes ausgeliehenen Depositengeldern, im Januar 1791 die Summe von 4800 Fl., obgleich damals 21,592 Fl. 11 Kreuz. baar im Depositenkasten vorräthig seyn mußten, und bezahlte zum Theile damit, dem Doktor Berdolt die ihm aus dem Deposito zukommenden 7945 Fl. 36¾ Kr. * Auch ließ derselbe am 2ten April 1791 über

die Ablieferung des Broilischen Depositi ein Protocoll aufnehmen, in welchem es heißt:

„wurde der Rest der Broilischen Capital= und
„Strichgelder ad 6266 Fl. 50 Kr. vermöge anlie=
„genden hochfürstlichen Regierungsdepositionsextrakts
„zur fürstlichen Regierung überliefert." *

Gleichwohl lautet der angeführte Regierungsdepositionsextrakt nur auf 4224 Fl. 41 Kr. * und in dem Hauptbuche der landgerichtlichen Depositen sind sogar nur 4124 Fl. 41 Kr. und zwar nur mit Bleifeder zur Ausgabe gebracht. * Ein später aufgenommenes Protokoll hingegen, woraus sich diese Verschiedenheit der Summen erläuterte, ist bis jetzt nicht zu den Akten gebracht.

Ferner fand sich bei dem Nachzählen des Antunezischen Depositi ein Abgang von 238 Fl. 42 $\frac{2}{5}$ Kr., an der in dem Überlieferungsprotokoll vom 18ten Oktober 1788 bemerkten Summe, obgleich dieses Depositum in der landgerichtlichen Depositenkammer und Kiste aufbewahrt gewesen war. * Diesen Defekt setzte der Hofrath Schubert sofort den Erben des Syndici, Hofraths Platti, zur Last, und tilgte solche aus der Kaution, welche dieselben [s. oben S. 7.] hinterlegt hatten, worauf dann dieses am 14ten März 1791 bereits abgeforderte Depositum, erst am 2ten Julii desselben Jahres wirklich ausgeliefert wurde. *

§. 9.

Die unmittelbare Veranlassung zu der vorliegenden Untersuchung gab nun endlich, die Entdeckung einer an der landgerichtlichen Depositenkammer und der einen darin bewahrten Kiste verübten Vergewaltigung. Noch am 31ten August 1791 nämlich fand der Landgerichtssubstitut Seyffert, welcher 4 Wochen früher einen Sack mit dem Markartischen Deposito in die kleinere Depositenkiste gelegt, und sie damals etwa bis zu $\frac{3}{4}$ angefüllt gesehen hatte, * da er in Begleitung des Hofrath Schubert damals aus eben dieser Kiste, deponirtes Geld, um solches auszuzahlen, abholte, alles an der Thüre und an den Kisten in dem gewöhnlichen Zustande, und namentlich auch die innere Verwahrung in Ordnung. *

Am 10ten September 1791 hingegen, bemerkte die Landgerichtsdienerin Wolf und deren Magd, bei Auskehren des Vorplatzes der Depositenkammer, bereits das Offenstehen der äussern Depositenkammerthür, und das nur noch daran hängende Schloß, so wie eine herabgefallene Schraube, * ohne dies jedoch anzuzeigen. Da aber am 15ten deßselben Monats der Hofrath Schubert nebst dem Landgerichtssubstituten Seyffert sich in Geschäften wieder in die, seit dem 31. August nicht betretene, Depositenkammer begeben wollten, so fanden diese nicht nur die gedachte äussere Thüre erbrochen, sondern auch, nachdem sie in Begleitung mehrerer Zeugen die innere Depositenkammerthüre, welche noch verschlossen angetroffen wurde,

wie gewöhnlich mittelst des Schlüssels geöffnet hatten, die kleinere Depositenkiste offen stehen, und bedeutend, wie wohl bei weitem nicht ganz ausgeleert, an derselben auch viele Spuren einer daran verübten Vergewaltigung, * hingegen war der zweite daselbst befindliche größere Depositenkasten noch völlig unversehrt. *

§. 10.

Der sogleich herbei gerufene fürstliche Regierungsfiskal ließ den, nachher in den Akten auf 6325 Fl. $18\frac{2}{5}\frac{1}{3}$ Kr. angegebenen Rest, der in der erbrochenen Kiste zurückgelassenen Depositengelder sogleich in die noch unbeschädigte größere Kiste legen, und diese dann in die Wohnung des Regierungsdieners Heydinger zu besserer Verwahrung niedersetzen, auch wurde der Betrag des gestohlenen Geldes bei ihm, dem Fiskale, in aller Eile zu 7810 Fl., einige Tage nachher aber spezifik zu 7375 Fl. 8 Kr. angegeben. * Die Untersuchung gegen den Thäter erhielt aber ihre nachher beibehaltene Richtung vorzüglich durch die Bedenklichkeiten, welche der anfänglich inquirirende Hofschultheis darüber äusserte, ob die an der Depositenkammer und Kiste ersichtliche Vergewaltigung, auch ein wahrer, und nicht vielmehr ein nur zum Scheine gemachter Einbruch sey? Denn die ohne Eid deshalb sehr oberflächlich abgehörten zwei Schlossergeschwornen, erklärten sich zwar zuerst * sehr schwankend und zweifelhaft über diese Frage; da sie aber, nach beinahe drei Wochen, alles nochmals unter Direktion des nämlichen, von der inzwischen angeordneten Un-

tersuchungskommission beauftragten Hofschultheisen besahen, so gieng ihre bestimmte Meinung nun dahin, daß der Dieb einen Schlüssel zu der verletzten Kiste müsse gehabt haben, und daß diese von aussenher nicht vergewaltiget, die Verletzungen an beiden Thüren der Depositenkammer auch falsch, und nur zum Schein gemacht seyen: welches alles, zugleich nebst ihrer frühern Angabe ad protocollum, dieselben nunmehr als wahr und ihrer Überzeugung gemäß beschworen haben. *

§. 11.

Hiernach war es nun natürlich, eine von den landgerichtlichen Personen, welche Gelegenheit hatten, sich der ordentlichen Schlüssel zu dem Depositenzimmer und Kasten zu bedienen, zunächst in Verdacht zu ziehen; daher dann, weil der Landgerichtsdiener Schneider sich bei der ersten Entdeckung des Diebstals auf eine auffallende Art betragen hatte, * auch gegen ihn mehrere andere Indicien zusammen zu kommen schienen, * und er in der Zeit des verübten Diebstahls die Schlüssel zu den Zugangsthüren in Verwahrung gehabt hatte, * der Verdacht anfänglich auf diesen, als den Thäter fiel und durch die dem Fürsten-Bischof mündlich vom Hofrathe Schubert mitgetheilten und auf dessen Befehl dem Kabinette in einem anonymen Aufsatze eingereichten Anzeigen so vermehrt wurde, daß die Untersuchungskommission eine Civildetention des genannten Schneiders verfügte, * und die Nachforschungen mit Eifer anstellte, auch zu dem Ende mit,

am 15ten Oktober 1791 anfieng, die Depositenkasse zu stürzen; an welchem Tage man die noch vorhandenen ältern Deposita, welche in der unverlezten Depositenkasse sich befanden, in völliger Richtigkeit fand,* inzwischen deren in diesem Protokolle allegirtes Verzeichniß, von den Akten abhanden kommen ließ.

§. 12.

Allein unter dem 5ten November 1791 wurde der Landgerichtsdiener Schneider bereits von der Instanz entbunden, * und von diesem nun insbesondere der Hofrath Schubert selbst, als der Thäter dergestalt angeschuldigt, * daß die nachherige Untersuchung lediglich gegen diesen um so mehr gerichtet worden ist, weil man bei der am 28ten November 1791 und folgenden Tagen veranstalteten Aus- und Einweisung der bisherigen und der neu ernannten landgerichtlichen Depositen-Administration, * verschiedene Unordnungen und Unrichtigkeiten in der Depositenverwaltung des Hofrath Schubert bemerkt zu haben glaubte, welche den gegen ihn geschöpften Verdacht vermehren müßten, wie z. B. daß er sämtliche deponirte Obligationen, und Kautionsinstrumente, so wie auch 2587 Fl. 21$\frac{3}{4}$ Kr. Depositengelder aus seiner Privatwohnung zur Ablieferung herbeiholen ließ, * daß einige von den vier Wochen zuvor, noch als richtig aufgeführten älteren Depositen, namentlich das Hofrichterische, und das Kollerische [s. §. 11. oben], einen unstreitigen Defekt von respektive 191 Fl. 46 Kr, und 73 Fl. 42$\frac{1}{5}$ Kr. zeigten.

Daher erkannte auch die Leipziger Juristenfakultät unterm 9ten August 1794 * auf summarische Vernehmung des Hofraths Schubert, Bestellung einer Kaution sich vor Gericht stets stellen zu wollen, und weitere Untersuchung des ganzen Vorfalls; und dies Erkenntniß wurde seinem ganzen Inhalte nach im Jahre 1796 endlich vollstreckt, * da inzwischen die vom Hofrathe Schubert an das kaiserliche und Reichskammergericht ergriffene Appellation erledigt, auch ein neu angezeigter Verdachtsgrund gegen den Landgerichtsdiener Schneider * so weit erörtert war, daß man die Sache gegen den Hofrath Schubert fortzusetzen kein Bedenken trug.

§. 13.

Nach Beendigung dieser sehr genauen summarischen Vernehmung des Hofraths Schubert, und nach, bei der Gelegenheit erfolgten weitern Aufklärung seiner Depositenverwaltung, auch eingereichten förmlichen Defension * desselben, und auf die mit dem Nachtrage zur Vertheidigungsschrift * eingelieferte, bis dahin vermißte angebliche Anlage des Depositensturzprotokolles vom 15ten Oktober 1791 (s. oben §. 11.) erkannte ferner die Juristenfakultät zu Jena, im Junio 1801, daß der gedachte Hofrath Schubert über gewisse besonders abzufaßende Fragstücke zu vernehmen, und ohne das Wort Inquisition zu gebrauchen, deren wesentlicher Beschaffenheit nach gegen ihn zu verfahren sey. *

§ 14.

Dem gemäß war auch bereits ein bedeutender Theil der einzelnen ihm zur Last gelegten Thatsachen in einzelnen Fragen mit ihm durchgegangen,* da der Fürst-Bischof der Untersuchungskommission am 3 Februar 1802 bei Übersendung von 8 Stück Bethmännischer Obligationen, 18 halbjähriger Zinsenquittungen, und eines Wechsels, zusammen 10,588 Fl. rheinisch an Werth, eröffnete, daß diese Summe zum Ersatze der entwendeten Depositengelder, ihm von Pönitenten durch (wie sich nachher ergab) den Pfarrer und geistlichen Rath Kauth zu Frankfurt am Main überschickt seyen; wobei ihm solche Data mitgetheilt worden, daß ihm als Bischof die mehr als moralische Gewißheit verschaffet worden, diejenigen, welche sich des Diebstals bei dem Pfarramte angeklagt, seyen auch wirklich die Thäter, und er, der Fürst-Bischof, wisse nun bestimmt, daß diejenigen, welche man seither im Verdacht gehabt habe, die Thäter nicht seyn könnten.*

Zwar bemerkte der Fürst-Bischof nachher, daß ihm die angeblichen Restituenten namentlich nie genannt worden seyen,* dagegen erklärten sich diese aber durch den Pfarrer Kauth bereit, vor einer Kommission des General-Vikariats eidlich zu erhärten, daß sie die wahren Entwender, und Wiedererstatter der landgerichtlichen Gelder gewesen seyen, weder Schubert noch Schneider heisen, und von solchen weder Auftrag noch Anleitung zu solcher Angabe erhalten hätten.* Hierauf einzugehen, trug man aber Bedenken, und

so wurde über den Einfluß dieser Zwischenhandlung, nach eingelieferter fernerer Defension des Hofraths Schubert * das Erkenntniß von Landshut eingeholt, wodurch im Julio 1804 die Fortsetzung der Untersuchung, nach vorgängiger eidlicher Betheuerung des Pfarrers Kauth, daß ihm sub sigillo confessionis die Besorgung der Restitution anvertraut sey, erkannt, zugleich aber, unter andern, auch die nochmalige Zuziehung von Kunstverständigen, zur Beurtheilung der an der Depositenkammer und Kiste verübten Gewaltthätigkeit verfügt wurde. *

Alles dieses ist geschehen und daneben hat der Professor Feuerbach zu Kiel, (nun Geheimer Referendarius zu München) die Nichtigkeit aller Indicien in Beziehung auf den Hofrath Schubert in einem umständlichen Gutachten nicht nur zu deduciren gesucht, * sondern die neu zugezogenen Schlossermeister haben auch bei der sehr legal und genau vorgenommenen Besichtigung der Depositenkiste und Zugangsthüren, ausführlich behauptet, und durch Proben gezeigt, daß ein wirklicher Einbruch, ohne Schlüssel, geschehen sey, somit nicht blos ein Blendwerk vorliege, hingegen die früheren Gutachten über diese Frage, * nicht mit gehöriger Überlegung und Sachkenntniß abgegeben seyen. * Gleichwohl ist nach geschehener eidlichen Vernehmung des Pfarrers Kauth * das Verhör mit dem Hofrathe Schubert bis zu Erörterung aller Gegenstände fortgesetzt, * und ihm dann die Einreichung einer neuen Defensionsschrift gestattet.

§. 15.

Rechtsgutachten selbst.

1. auf die erste Frage.

Wenn nun der Herr Hofrath Schubert in dieser Lage der Sache, uns erstens die Frage vorgelegt hat:

> ob er nicht nach der dermaligen Lage des gegen ihn eingeleiteten Untersuchungsprozesses die gänzliche Freisprechung in der Hauptsache sowohl, als auch in Rücksicht der Kosten, bei künftiger Urtheilsfällung erwarten könne?

so fällt es in die Augen, daß diese Frage nur dann gründlich beantwortet werden könne, wenn man nicht allein I, die Entscheidung der Sache selbst, von der Beurtheilung des Kostenpunkts völlig trennt, sondern auch II, in Ansehung der Hauptsache, die verschiedenen Verbrechen von einander unterscheidet, welche den Gegenstand dieser Untersuchungsakten abgeben. Denn so wenig man auch von Seiten der inquirirenden Behörden, — freilich zur äussersten Erschwerung einer lichtvollen Erörterung der in Frage stehenden Verbrechen — nur im geringsten darauf bedacht gewesen ist, die verschiedenartigsten Gegenstände, welche in den Akten vorkommen, von einander zu separiren, und die nun bereits entstandenen zahlreichen Aktenfascikel nach ihrem materiellen Zusammenhange und einer realen Ordnung respektive zu trennen, und zusammen zu legen, wie dies erfahrne Lehrer des peinlichen

Prozesses schon längst mit einleuchtendem Grunde empfohlen, [1]) und einzelne Gesetzgebungen [2]) zu einem nachahmungswürdigen Beispiele in ihren Territorien geboten haben; so wird doch bei einer genauen Prüfung der heterogenen Dinge, welche die Akten unter einander gemischt haben, es sich leicht bewähren, daß zu einer vollständigen Beantwortung obiger Frage, — selbst mit völliger Übergehung der für das jetzige Rechtsgutachten überall nicht gehörenden Nebensachen, wie z. B. der Prüfung der Schuld oder Unschuld des ehemaligen Landgerichtsdieners Schneider — es nicht genüge A) zu untersuchen, in wie fern der Hofrath Schubert von dem ihm angeschuldigten Verbrechen einer strafbaren Zueignung derjenigen Depositengelder frei zu sprechen sey, deren Entwendung aus dem Depositenkasten, bei Gelegenheit des am 15ten September 1791 entdeckten Einbruchs, zur Anzeige gebracht worden ist; sondern, daß auch ausserdem noch B) erörtert werden müsse, ob ihm nicht die Unterschlagung, oder strafbare Verwendung anderer landgerichtlicher Depositorum, und endlich C) ob

1) Claproths Einleit. in die summarischen Prozesse. Edit. 3 §. 500. Desselben Grundſ. v. Verf. der Relat. §. 205. Quistorps Grundsätze des peinlichen Rechts §. 549. S. 1144. (Edit. 4.)

2) Z. B. Churbraunschweig. Lüneburg. Criminal-Instruktion v. 1736. Cap. 2. §. 5. im 2ten Bande der Churbraunschw. Landesordnungen S. 806.
Wesentlicher Inhalt der neueren Hochfürstlich-Markgräflich-Badischen Gesetzgebung 1782. S. 590. §. 10. u. 11.

nicht wenigstens sonstige strafbare Verletzungen seiner Amtspflichten als Depositarius des kaiserlichen Landgerichts des Herzogthums Franken, ihm zur Last fallen?

§. 16.

Die vorliegende Untersuchung ging nämlich zwar von der am 15ten September 1791 angezeigten Beraubung des einen landgerichtlichen Depositenkastens aus, sobald man dieselbe aber gegen den Hofrath Schubert als Inkulpaten richtete, er auch die Depositenverwaltung ganz abgeben mußte, so untersuchte man dessen Verwaltung der landgerichtlichen Depositorum überhaupt und ihrem ganzen Umfange nach; bei welcher Gelegenheit ihm dann noch Unordnung und Illegalität in der Verwaltung der Depositen überhaupt, und besonders auch einige Defekte an den mittelst jenes Einbruchs nicht entwendeten Depositis Schuld gegeben worden sind. Zwar hat man solches alles, zunächst nur als Indicien des in Frage gekommenen Hauptverbrechens aufzuklären gesucht, indessen sind dadurch auch andere für sich schon bestehende Verbrechen ein Gegenstand dieser Untersuchung geworden. Wenn daher das künftige Urtheil in dieser Sache umfassend und den Akten, so wie den Rechten angemessener, als die bisher darin bereits gefällten mehreren Erkenntnisse, ausfallen soll, so wird es in Rücksicht der wider den Hofrath Schubert verhängten Untersuchung selbst, obige 3 Gegenstände, einzeln erwogen, zu entscheiden haben. Eben

daher aber muß auch unser gegenwärtiges Gutachten solche alle drei abgesondert untersuchen, wobei, was die Anordnung dieser Erörterung betrift, es am natürlichsten seyn wird, vor der Beurtheilung des Hauptverbrechens her, zu bestimmen, in wie weit es dem inquirirenden Gerichte gelungen sey, den angeschuldigten Hofrath Schubert der andern Vergehungen zu überführen, welche zugleich als Anzeigen dienen sollen, daß er sich der Vergewaltigung des Depositenkastens schuldig gemacht habe.

§. 17.

Betrachten wir daher A)

„die übrigen, ein Crimen de residuis nicht „enthaltenden angeblichen Verletzungen der „Amtspflichten eines landgerichtlichen „Depositarii,"

welche dem Hofrathe Schubert zur Last gelegt worden sind, so müssen wir hierbei zuförderst den ersten Hauptgrundsatz des peinlichen Rechts in das Andenken rufen, daß es nach den Grundsätzen des deutschen gemeinen Criminalrechts, ohne ein vorhandenes Strafgesetz auch kein Verbrechen gebe, sondern die Befugniß der Gerichte jemand mit Strafe zu belegen, davon abhänge, ob die zu beurtheilende Handlung des Einzelnen, zuvor gesetzlich [3]) mit einer Strafe bedrohet war.

3) *Poena non irrogatur, nisi quae quaqua lege vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est L. 131.*

Hieraus folgt nun nothwendig, daß keineswegs eine jede Übertretung seiner Amtspflichten, welche einem Staatsdiener zur Last fällt, auch an sich schon mit einer Strafe belegt werden dürfe, und eben daher ferner, daß nicht jedes Dienstvergehen ein peinliches Verfahren wider den Staatsdiener begründen könne; sondern daß dies beides von dem Daseyn eines Strafgesetzes wider die Dienstvergehungen abhänge, während hingegen die bürgerliche Verfolgung eines Schadens-Ersatzes, oder die Dienstentlassung, als Folge der, durch die Dienstvergehungen bewiesenen Untauglichkeit zum Staatsdienste dieser Art, an jene Voraussetzung nicht geknüpft sind. Da nun in den gemeinen deutschen peinlichen Rechten kein Strafgesetz wider alle und jede Dienstvergehungen der Staatsdiener existirt, in so fern in ihnen nicht etwa zugleich, ein Eidesbruch enthalten ist, sondern nur gewisse Gattungen von Verletzung der Amtspflichten mit Strafe bedrohet sind [4]); so er-

§. 1. *D. de verbor. signif.* „Aber sonderlich ist zu merken, in „was Sachen unser kaiserlich Recht keinerlei peinlicher Strafe — „setzt, oder verhängt, daß Richter und Urtheiler, darwider auch „niemand peinlich strafen. Art. 104 der P. G. O.

Kleinschrods systemat. Entwick. der Grundbegriffe des peinlichen Rechts (3te Aufl.) 1. Th. §. 2. u. 5. u. 2 Th. §. 118.

Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 17. u. 20. *edit* 3.

Stübel über den Thatbestand der Verbrechen §. 9.

G. J. F. Meister *princip. juris crimin (edit. 4.)* §. 20.

4) Feuerbach a. a. O. §. 477.

giebt sich, wie rechtswidrig es ist, daß manche Rechtslehrer die Zahl der Dienstvergehungen, als Verbrechen betrachtet, so willkührlich vermehren [5]), und wie viel weniger noch es gebilligt werden könne, wenn in den Entscheidungs-Gründen des Jenaer, so wie des von Landshuth in dieser Sache vorhin eingeholten Erkenntnisses, aus einer willkührlich angenommenen Natur der Sache so manche Handlung des Hofraths Schubert, als eine unerlaubte und wohl gar als strafbar betrachtet worden ist, * während doch die Acten ergeben, daß derselbe keine bestimmte Dienstinstruction in der Eigenschaft eines landgerichtlichen Depositarii erhalten habe, * und davon so gar nicht einmal etwas erhellet, ob der gedachte Hofrath Schubert auf die Verwaltung der Depositen des kaiserlichen Landgerichts besonders beeidiget worden sey, welches vielmehr nach dem oben (S. 6. f.) actenmäßig bemerkten Hergange seiner Anstellung als Depositar des Landgerichts, durchaus zu bezweiflen ist.

§. 18.

Zwar hat man die fürstlich würzburgischen Verordnungen vom 30. October 1752 und 6. November 1778, welche die Aufbewahrung und Verwaltung gerichtlicher Gelddepositen betreffen, * dem Hofrathe

Salchow's Darstellung der Lehre von Strafen und Verbrechen 2 Th. §. 402.

5) *Leyser spec.* 570 *et* 571.

Schubert in der Absicht vorgehalten, um die Rechts=widrigkeit einzelner seiner Diensthandlungen daraus zu deduciren; allein es bedarf keines ausführlichen Beweises, daß die gedachten Verordnungen auf die Depositenverwaltung bei dem kaiserlichen Landgerichte, weder ihrem Inhalte, noch der früheren dem Landesherrn selbst bekannt gewordenen Praxis nach, die mindeste Anwendung leiden. Denn der wörtliche Inhalt der Verordnung vom 30. October 1752 redet desto deutlicher blos von den fürstlichen Beamten auf dem Lande und nicht von den höheren Collegien in der Residenzstadt, da darin nicht nur stets vom Amte, von vorhandenen Beamten, Amtsschreibern, oder Gegenschreibern die Rede ist, sondern da am Ende auch gesagt ist, man versehe sich, es würden „die fürstlichen verrechneten Beamten nach An„weisung dieser Verordnung das Erforderliche unver„züglich verfügen, und man befehle, daß von jedem „Beamten, wenn er zur nächsten Rech„nungsablag anhero kommt, eine Spe„cification der hinterlegten Gelder bei der fürstli„chen Regierung überreicht, dieses auch in den „nächstfolgenden Jahren jederzeit beobachtet werden „solle." Eben diese Äusserungen, kommen in der Verordnung vom 6. November 1778, welche ohnehin das ältere Gesetz wiederholt, nur mit der Ausdehnung vor, daß hierin auch die Municipal=Städte, und adelichen Beamten genannt sind. Erwägt man nun daneben, daß das kaiserliche Landgericht noch im

Jahre 1766 dem Innhalte jener Verordnungen zuwider, den einzigen Hofrath Platti zu seinem Depositario, gewiß nicht ohne Vorwissen des Fürsten, angestellt erhalten hat, daß von diesem nie Verzeichnisse der Depositen an die Regierung eingesandt, daß noch im May 1789 dem Fürsten-Bischoffe die dem Hofrathe Schubert ausschließend geschehene Anvertrauung des landgerichtlichen Depositenwesens angezeigt, * und von ihm sowohl hierzu, als zu den jenen Verordnungen entgegenlaufenden sonstigen Mängeln der Depositenverwaltung, welche ihm in dem Berichte des Landgerichts vom 15. April 1790 angezeigt sind, * theils geschwiegen, theils eine weitere Prüfung der Verbesserungsvorschläge sich vorbehalten ist; * so überzeugt man sich desto leichter davon, daß jene zwei Verordnungen gar keine Anwendung auf das kaiserliche Landgericht zu Würzburg leiden, je eigenthümlicher auch die Einrichtung des Depositenwesens bei diesem Gerichte in Beziehung auf die zinsbare Ausleihung verschiedener Depositorum war, wovon jene Verordnungen ganz schweigen 6*).

Ja selbst in dem Falle, daß allen Auslegungsregeln zuwider, jene Verördnungen für anwendbar auf

6*) Sollte nicht auch die Eigenschaft eines kaiserlichen Landgerichts es zweifeihaft machen, ob landesherrliche, blos allgemein abgefaßte Verordnungen, auch für dieses Gericht bestimmt seyen, wenn gleich derselbe Landesherr das einzelne kaiserliche Landgericht zu Lehn trägt? s. R. H. R. in Justiz-Gnaden- und andern Sachen 2 Th. S. 315.

das kaiserliche Landgericht gehalten werden könnten, würde dennoch kein peinliches Verfahren, wegen Vernachlässigung der darin enthaltenen Vorschriften, gegen den Hofrath Schubert haben statt finden, sondern derselbe höchstens zur Erlegung der geringen Geldstrafen, welche das neueste von diesen Gesetzen, §. 2. und 8. androhet, verurtheilt werden können.

§. 19.

Nach dieser Ausführung, kann es daher keinen Zweifel leiden, daß nachstehende einzelne Thatsachen, welche dem Hofrath Schubert theils beigemessen, theils von ihm zugestanden und sonst erwiesen sind I überall keine Bestrafung desselben im Wege eines Criminalprocesses nach sich ziehen können. Nämlich:

1) Die unterlassene Sammlung aller Depositenprotocolle, in ein ordentlich gebundenes Buch. Denn, da die Verordnung vom 6. November 1778, welche dies §. 8. bei 10 Rthl. Strafe gebietet, den Hofrath Schubert, wie zuvor gezeigt worden ist, überall nicht verpflichtet; das gemeine Recht aber dergleichen Protocollführung über Deposita nirgends geordnet, und noch weniger deren Unterlassung mit Strafe bedrohet hat; so ist alle Anschuldigung des Hofraths Schubert, wegen dieser erlaubten Unterlassungs-Handlung, desto rechtswidriger, je weniger gegründet es ist, daß die Aufzeichnung der Niederlegungen bei Gericht auf einzelne Bogen, der

allgemeinen Behandlung solcher Geschäfte zuwider laufe, wie solches in den Jenaer Entscheidungs-Gründen, * ohne allen Beweis, und im auffallendsten Widerspruche mit dem hat angenommen werden wollen, was sowohl erfahrne Schriftsteller, über die beste Einrichtung des gerichtlichen Depositenwesens vorgeschlagen [6]), als selbst neuere Gesetzgebungen mehrerer deutscher Territorien in Rücksicht dieses Gegenstandes festgesetzt haben [7]). Es scheint vielmehr übersehen zu seyn, daß der Hofrath Schubert die, seinem Amtsvorfahren * in dieser Rücksicht zur Last gefallene unverzeihliche Nachläßigkeit (s. S. 5. u. 6.), unaufgefordert verlassen und in der That die Verbesserungs-Vorschläge geübter Praktiker, bei dem kaiserlichen Landgerichte, von Anfang seiner Depositenverwaltung an, in der Hinsicht realisirt habe, daß er ausser seinen einzelnen ungehefteten Depositions-Protocollen, (welche oft zu gewissen Specialacten gehörten) auch noch ein ordentliches eingebundenes Hauptbuch durch den landgerichtlichen Revisor Schneidt führen, und alle Einnahme und Ausgabe sämmtlicher deponirten Geldern dahin eintragen ließ. *

6) Claproths Rechtswissenschaft von freiwill. Gerichtshandl. §. 134 — 136.

(von Trützschler's) Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze *II.* Th. S 113. §.6 1 und 17. *not. b*) (*edit.* 4.)

7) Königl. Preußische allgemeine Depositenordnung von 1783 Tit. 3. §. 7. 10. 11. 86. ff.

Anstatt also Strafe verdient zu haben, hat vielmehr der Hofrath Schubert einen desto gegründeteren Anspruch auf eine, für ihn rühmliche, Billigung seiner verbesserten Einrichtung der Art die Depositengelder zu registriren, je mehr er noch außerdem zu deren Vervollkommnung in dem von ihm entworfenen Berichte * mit beizutragen versucht hat, und je weniger es, besonders bei der durch das Ausleihen der deponirten Gelder auf Kammerobligationen, verwickelt gewordenen Art der landgerichtlichen Depositenverwaltung, genügen oder für zweckmäßig gehalten werden kann, wenn die Protocolle über Einnahme und Ausgabe bei allen den zahlreichen Depositis, nur allein in einem ordentlich gehefteten Bande gesammelt wären, und sich nicht auch bei den speciellen Acten jeder einzelnen Vormundschaft u. s. w. befänden.

§. 20.

Eben so wenig strafbar, ist 2) die Aufbewahrung der deponirten Cautions-Instrumente, Obligationen, und selbst eines Theiles der deponirten Gelder, in der Wohnung des Hofraths Schubert, da ihm nicht einmal die Verpflichtung oblag, alle Deposita in dem landgerichtlichen Depositenzimmer zu bewahren, noch weniger aber die Beobachtung einer solchen Verbindlichkeit durch Strafbedrohung geschärft war. Denn da es zum Begriffe eines gerichtlichen Depositi keinesweges gehört, daß die hinterlegte Sache im

Gerichte selbst aufbewahrt werde [8]), und da der Amtsvorgänger des Hofraths Schubert, sowohl die Obligationen als auch nicht wenig baares Geld in seiner Privatwohnung aufbewahrt hinterließ, * solches dem Landrichter bei der Einweisung des Hofraths Schubert in die Depositenverwaltung bekannt geworden war, * derselbe gleichwohl keine andere Instruction dem neuen Depositario ertheilt hat, als die, die Verwaltung der Depositorum mit gleicher Gewalt, wie der verstorbene Hofrath Platti, zu besorgen (S. 6. oben); so war der Hofrath Schubert offenbar berechtiget, besonders aus den speciellen Gründen, welche von dem Geschäftsgange des Landgerichts, * oder von der Beschaffenheit einzelner Depositorum, * hergenommen sind, auch in seiner Wohnung einen Theil der landgerichtlichen Depositorum um so mehr zu verwahren, da er daselbst ein eigenes Expeditionszimmer hatte, in welchem vielerlei landgerichtliche Geschäfte, namentlich Bestätigung der Verträge, Subhastationen u. d. m. notorisch vorgenommen wurden, * und woneben er einen eignen Kasten, für dergleichen Deposita bestimmt, führte, * während das Landgericht, eigentlich nicht einmal ihm zugehörige Kasten für die Deposita besaß, sondern nur fremdes Eigenthum zu deren Bewah-

8) *L. 19. C. de usuris*, in den Worten: *in hoc autem casu publicum intelligi oportet vel sacratissimas aeaes, vel ubi competens judex superea re aditus, depone eas disposuerit.*

rung benutzen ließ, * ohne daß die Acten ergäben, es seye dazu irgend eine Befugniß vorhanden gewesen.

§. 21.

Vergebens ist ferner 3) dem Hofrathe Schubert vorgeworfen worden, daß er kein Protocoll darüber hat aufnehmen lassen, wenn er zum Behufe vorzunehmender Auszahlungen ein oder anderes, in dem landgerichtlichen Depositenzimmer bisher verwahrt gewesenes Depositum, nach seiner Wohnung transportiren ließ; denn da derselbe über alle eingenommene Deposita gehörige Empfangsscheine ausstellte * und solche überdies in das Hauptbuch eintragen ließ, es auch zufolge des so eben ausgeführten, gleichgültig war, wo die Deposita aufbewahrt wurden, in der Ausgabe hingegen, nichts ohne Beibringung ordentlicher Quitungen passirte; so läßt sich durchaus keine Verpflichtung des Hofraths Schubert, über dergleichen Vorgänge ein Protocoll aufnehmen zu lassen, darthun, und noch weniger eine Bestrafung desselben wegen dieser Unterlassungs-Handlung gedenken.

§. 22.

Man würde hiernächst die Gränzen des peinlichen Verfahrens und einer bürgerlichen Verfolgung des Schadens-Ersatzes mit einander vermischen, wenn man 4) die Unvorsichtigkeit, für strafbar halten wollte, von welcher der Hofrath Schubert, in Rücksicht der Anverträuung der auf das Landgericht zu tragenden Deposi-

tenkammerschlüssel, allerdings unter der Voraussetzung nicht würde frei gesprochen werden können, wenn die Versicherung des Landgerichts-Substituten Seyffert, daß ihm jene Schlüssel auch einst durch des Hofraths Schuberts Bedienten Neugebauer zugeschickt worden seyen, * gegründet, und wenn es ferner auch nur wahr seyn sollte, daß der Hofrath Schubert die sämmtlichen Thürschlüssel zu der Depositenkammer, und nicht auch, wie gleichwohl behauptet ist, die Schlüssel zu einem der Depositenkasten selbst * dem Landgerichts-Substituten Seyfert zu dem Ende einige Male anvertraut habe, um ohne sein (des Hofraths Schubert) Beiseyn, Protocolle oder sonstige daselbst aufbewahrte Papiere, von da herzuholen. *

Denn es würde zwar keinen Zweifel leiden, daß eine solche Unvorsichtigkeit den Hofrath Schubert sodann verpflichte, allen den Schaden, welcher durch diese Unvorsichtigkeit erweißlich entstanden wäre, zu erstatten; allein rechtswidrig wäre es, wenn man ihn deshalb mit einer peinlichen Strafe belegen wollte, da es keine Androhung öffentlicher Strafe im gemeinen Rechte, gegen die blossen Nachlässigkeiten der Staatsdiener bei ihren Amtsverrichtungen giebt, sondern die Vorschrift des römischen Rechts alle culpose Beschädigungen fremden Eigenthums, weshalb man zur Verantwortung gezogen werden kann, nur für ein Privatverbrechen erklärt, in Ansehung dessen, keine öffentliche Bestrafung und kein peinli-

cher Proceß begründet ist [9]; Bestimmungen, welche noch gegenwärtig, völlige Anwendung finden müssen, da die wenige Fälle in denen das neuere römische Recht Thathandlungen, welche zunächst nur eine Übertretung der Lex Aquilia enthielten, dennoch extraordinarie zu bestrafen gestattet [10]), auf speciellen Gründen beruhen; und vorzüglich die Gemeingefährlichkeit einer solchen Handlung zum Grunde hatten, eben daher aber auch, mit Rechtsbestande nicht behauptet werden kann, daß jedes damnum injuria datum, heutiges Tages als ein delictum publicum betrachtet werden dürfe [11]). Dazu kommt noch in vorliegendem Falle, daß es jetzt, wie unten (S. 72.) gezeigt werden wird, für actenmäßig ausgemacht gehalten werden muß, nicht vermittelst gemißbrauchter Schlüssel, sondern durch einen wahren Einbruch, sey die Entwendung aus dem Depositenkasten geschehen, welche den eigentlichen Hauptgegenstand dieser Untersuchung abgiebt, * mithin wäre das Verschulden, oder die Unvorsichtigkeit, welche der Hofrath Schubert durch Anvertrauung der von ihm selbst zu bewahrenden Schlüssel begangen haben könnte, ohne schädlichen Erfolg ge-

9) §. 11. *I. de lege Aquil. L. 3. C. de lege Aquilia. L. 23. §. 9. D. ad legem Aquiliam.*

10) *L. 2. D. Arborum furtim caes. L. 16. §. 9. D. de poenis. L. 1. pr. et §. 1. D. de incendio s. s.*

11) *Pufendorf. tom. 3. Observ. 93.*

blieben. So oft dies nun der Fall ist, so kann ein lediglich culposes Verbrechen, überall nicht bestraft werden [12].

§. 23.

Betrachten wir endlich 5) die Vorwürfe von Ungehorsam in Befolgung erhaltener Befehle zu Ablieferung einiger deponirten Geldsummen, welche dem Hofrathe Schubert in den Acten gemacht sind, so bedarf es ja wohl keiner Ausführung darüber, daß wenn auch wirklich eine Verzögerung der befohlenen Ablieferung eines Depositi ihm zur Last fiele, diese dennoch selbst keinen Gegenstand einer peinlichen Untersuchung und Bestrafung abgeben könne, sondern höchstens, nach Analogie des Verfahrens gegen ein die Rechtspflege verweigerndes Gericht, eine Weisung und Ahndung von der Behörde habe veranlassen können, deren Befehle angeblich nicht schnell genug befolgt worden sind. Um desto weniger kommt es daher auch auf den Beweis an, daß diese Vorwürfe in facto nicht einmal begründet seyn, wie solches gleichwohl theils die untersuchende Commission selbst anerkannt hat, theils auch in Hinsicht der im Jahre 1781 befohlenen Auslieferung des Broilischen Depositi daraus schon allein hervorgehet, daß der Auslieferungsbefehl lange zuvor ertheilt ist, ehe der Hofrath Schubert dies, aus Auctionsgeldern mit be-

12) Klein's und Kleinschrod's Archiv für das peinl. Recht. IV Band, 3 Stück, S. 40. ff.

stehende, Depositum vollständig eingeliefert erhielt, * es auch nicht seine Sache war, die frühere Ablieferung der Auctionsgelder ad depositum zu bewirken; theils endlich in Rücksicht der verzögerten Ablieferung des Antunetzischen Depositi, durch die Aussage des Defensionalzeugen * dergestalt in das Licht gesetzt ist, daß es nur anstatt der von einem Notario geschehenen, einer abermaligen gerichtlichen Vernehmung desselben Zeugen über diesen Umstand bedürfen würde, wenn nicht dieser ganze Vorwurf als zu einer Erörterung im Wege des peinlichen Prozesses durchaus nicht geeignet, schon ohnehin für völlig unerheblich zu achten wäre.

§. 24.

Wir enthalten uns daher auch aller Critik solcher, in den Acten vorkommender Vorwürfe, wie zum Beispiele, daß der Hofrath Schubert bei seinem Dienstantritte die Schlösser der Depositenkammer oder Kisten nicht habe verändern lassen, * daß er nicht darauf gedrungen habe, ihm beim Abgange des Hofraths Lohr von der Depositenverwaltung einen andern Condepositarium zuzugesellen, * und ähnlicher Beschuldigungen; da es nur zu sehr in die Augen fällt, wie wenig dies zu den vollkommenen Pflichten des Hofraths Schubert überall gehört habe, und wie viel weniger derselbe wegen deren unterlassener Erfüllung (wenn ihm selbst seine freimüthige Rüge des Mangels eines Condepositarii in dem Berichte * nicht ein=

mal zur Seite stände) mit irgend einer Strafe belegt werden dürfe. Was hingegen den Vorwurf eines eigenmächtigen Verfahrens, bei Tilgung des an dem Antunetzischen Deposito entdeckten Defects, und bei Kündigung von den an die Kammer ausgeliehenen Depositencapitalien anlangt; so wird es passender seyn, hiervon bei Gelegenheit der Anzeigen einer verübten Unterschlagung zu handeln, weil man selbst, diese Thatsachen nur als Anzeigen dieses Defects behandelt hat.

§. 25.

Rechtfertigt sich daher nach allen diesen, unsere obige Behauptung (S. 28.) von selbst, daß nämlich jetzt, noch abgesehen von dem nachher besonders zu erörternden Crimine de residuis, dem Hofrathe Schubert überall kein sonstiges Dienstvergehen weshalb er mit einer öffentlichen Strafe belegt werden könnte, den Acten nach zur Last falle, wenn derselbe gleich nicht vor aller Inacuratesse bei Verwaltung der landgerichtlichen Depositen frei zu sprechen seyn möchte; so bleibt in Rücksicht der bisher betrachteten Anschuldigungen nur noch zu untersuchen übrig, in wie fern II) aus diesen bereits aufgezählten und einigen andern Handlungen des Hofraths Schubert, welche man zwar für an sich schon strafbar, nicht halten wird, allein doch, als dienstpflichtwidrig betrachtet hat, (wie zum Beispiele die verzögerte Niederlegung seiner Depositenverwaltung) ein gegründe-

ter Verdacht hergeleitet werden könne, daß er der Urheber des an dem landgerichlichen Depositenzimmer und Kasten verübten Einbruchs seye, oder daß er den Defect bewirkt habe, welcher sich an einigen bei jenem Einbruche nicht entwendeten Depositen gezeigt, und an andern wenigstens intendirt gewesen zu seyn geschienen hat. Allein diese Erörterung, wird zu deutlicher Übersicht und zu Vermeidung von Wiederholungen, an dieser Stelle unseres Gutachtens, besser noch ausgesetzt gelassen und den einzelnen Verbrechen, welche man aus jenen Thatsachen, folgern zu können geglaubt hat, unmittelbar beigefügt werden können. Wir wenden uns daher sofort, zu den

§. 26.

„B) Anschuldigungen von Unterschlagung solcher deponirten Gelder, welche bei dem, am 15. September 1791 entdeckten, Einbruche, nicht als mitentwendet angegeben worden sind.“

Dem Hofrath Schubert, wird nämlich der Defect zur Last gelegt, welcher sich 1) an dem Antunetzischen Deposito, bei dessen vor verübtem Einbruche, bereits am 2. Julius 1791 geschehener Ausbezahlung, gezeigt hat, * ferner 2) der Abgang von 191 Fl. 46 Kr., welcher an dem Hofrichterschen, so wie 3) von 73 Fl., welcher an dem Kollerischen Deposito, ** obgleich diese Deposita in der nicht erbrochenen Depositenkiste sich befunden hatte, dennoch gefunden ist. Ja, man hat sich sogar 4) zu der Vermuthung

berechtigt gehalten, daß noch andere Depositengelder von dem Hofrath Schubert unterschlagen worden seyen, ohne daß man bestimmt hat angeben können, welche dies seyen, und wie hoch deren Betrag sich belaufe.

§. 27.

Bei Betrachtung dieser Anschuldigungen können wir es hier völlig dahin gestellt seyn lassen, ob die Unterschlagung der bei einem Gerichte deponirten Privatgelder, wenn solche von dem durch den Staat angeordneten Depositarius begangen ist, ein wahres Crimen residui sey, wie mehrere Lehrer des peinlichen Rechts behaupten [13]), oder ob nicht vielmehr dieses Verbrechen nach Vorschrift des Art. 170. der P. G. O., mit Rücksicht auf den dabei etwa zugleich eintretenden Eidesbruch, bestraft werden müsse, welches allerdings [14]) zu behaupten seyn dürfte: denn diese Untersuchung würde zwar ihren Werth nicht allein für die, (gegenwärtig noch gar nicht in Frage kommende) Strafbestimmung, sondern auch für den Beweis des Verbrechens wenigstens in so fern äussern, daß die darzuthuende Erfordernisse darnach modificirt werden müßten; allein da der angeschuldigte

13) Grolman's Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft 2te Aufl. §. 363.

Tittmann's Grundlinien der Strafrechtswissenschaft. §. 226. in d. Anm.

14) *Arg. L. 5. D. ad L. Jul. peculat. L. 29. pr. D. depositi.*

Hofrath Schubert ausgemachterweise, der vom Staate angeordnete Depositarius war, auch das angeblich unterschlagene Geld seiner öffentlichen Verwaltung anvertraut gewesen ist und beide Delicte im übrigen gleiche Erfordernisse, nämlich dolum und rechtswidrige Verwendung zu den Privatzwecken desjenigen, dem das Vermögen anvertraut worden ist, supponiren, so wird in dem vorliegenden einzelnen Falle, jene Verschiedenheit der Theorie, keinen Unterschied hervorbringen.

§. 28.

Wir betrachten daher ohne weiteres I) die Anschuldigung, welche das Antunetzische Depositum betrifft. Daß an diesem Depositum sich wirklich ein Defect ergeben habe, scheint ausgemacht zu seyn; denn der Hofrath Schubert hat es nicht allein eingestanden, * sondern auch selbst zu Protocoll angezeigt, * und der auf 238 Fl. 42⅞ Kr. sich belaufende geringere Betrag des vorgefundenen Geldvorraths, als die Summe ist, welche dem Hofrath Schubert, laut des Einweisungs-Protocolls vom 18. und ff. October 1788, überliefert seyn soll, * erhellet auch aus der durch beeidigte Landgerichts-Subalternen bei Auszahlung dieses Depositi mit verrichteten Zählung des Vorraths um desto überzeugender, je weniger der Hofrath Schubert Anstand genommen hat, die fehlende Summe aus der baaren Caution zu ersetzen, welche die Erben seines Amts-Vorfahren, wegen der

Depositenverwaltung ihres Erblassers, hatten hinterlegen müssen, * daher es dann, nur noch auf den Beweis des Urhebers der That anzukommen scheinen könnte. Allein der eben gedachte Theil des Corporis delicti, ist keineswegen zu der juristischen Gewißheit erhoben, welche darüber vorhanden zu seyn scheint; denn A) verstehet es sich von selbst, daß in Beziehung auf den Hofrath Schubert einzig und allein derjenige Defect in Betracht kommen könne, welcher an der, laut des Einweisungs-Protocolls, ihm als Antunetzisches Depositum allein überlieferten Summe von 809 Fl. 8½ Kr. sich bei dessen Überzählung Behuf der Zurückzahlung (wo man nur 570 Fl. 26⅔ Kr. vorräthig fand) ergeben hat. Irrelevant ist hingegen, für den Zweck der jetzigen Untersuchung, der Umstand, daß sogar die dem Hofrath Schubert angeblich zugelieferten 809 Fl. 8½ Kr. weniger betrugen, als nach der aufgestellten Berechnung über dieses Depositum, * bei dem Tode des Hofraths Platti, als ersten Empfängers dieses Depositi, hätten vorräthig seyn müssen, indem diesen vor des Hofraths Schubert Administrationszeit eingetretenen Defect, nicht er zu verantworten, sondern lediglich die Plattischen Erben zu decken haben, solcher sich auch aus dem Verzeichnisse von Auctionsgeldern, die der Hofrath Platti selbst noch zu diesem Deposito legen zu müssen schriftlich erklärte, leicht begreifen läßt, da man bei der Revision der Plattischen Kasse, diesem Deposito gedachtes Papier noch beige=

legt fand, * und die von dem Hofrathe Schubert zur Inculpation des Landgerichtsdieners Schneider aufgestellte und durch die Beilage * unterstützte Behauptung, daß der Hofrath Platti solchen seinem eignen Auctionsposten bereits diesem Deposito beigelegt haben müsse, um so weniger für erwiesen zu achten ist, da der Hofrath Platti die ganzen Auctionsgelder aufbewahrte, und Seyfert daher dessen Beitrag in der Abrechnung * brevi manu als bereits bezahlt aufgeführt haben mag. *

§. 29.

Kann demnach b) der Hofrath Schubert, nur wegen der ihm aus dem Plattischen Nachlasse angeblich zugestellten, und als Antunetzisches Depositum betrachteten 809 Fl. 8⅓ Kr. und des an diesem gefundenen Defects von 238 Fl. 42⅔ Kr. verantwortlich gemacht werden; so muß nun hierbei, vor allen Dingen ausgemacht seyn, daß ihm in der That nicht weniger als 809 Fl. 8⅓ Kr. überliefert worden seyen. Dieses leugnet aber der gedachte Inculpat, indem er behauptet, daß das in Frage stehende Antunetzische Depositum ihm bei der Überlieferung nicht baar und einzeln zugezählt, sondern in 30 bis 40 größeren und kleineren zum Theile offenen Päckchen ihm zugestellt und nur nach den Aufschriften der Päckchen summirt worden seyen. * Es kommt folglich darauf an, daß die Wahrheit dieser Thatsache gehörig in das Licht gesetzt werde. Hier ist es dann aber zu-

förderst, ein bedeutender Mangel der bisherigen Untersuchung, daß der Landgerichts-Revisor Schneidt, von dessen Hand doch die Anlage * geschrieben, und darunter bemerkt ist, daß die Paquets, worin Geld war, nach

„der Überschrift aufgezeichnet, und zusammen obige
„809 Fl. 8⅘ Kr. herausgebracht“

worden seyen, und ungeachtet dieser beeidigte Revisor selbst bei dem Einweisungs-Act gegenwärtig gewesen, bis jetzt dennoch nicht besonders über diese Frage unter Vorlegung jenes Aufsatzes verhört worden ist. Denn, je schwankender die Äusserung des damals ebenfalls gegenwärtig gewesenen Hofraths Lohr über diese Thatsache ausgefallen ist, * und je weniger Glauben die Behauptung des als rachsüchtiger Denuntiant in den Acten sich characterisirenden Landgerichtsdieners Schneider, so wie die des hierbei selbst interessirten Registrators Seyfert, verdienen kann, * desto weniger hätte man es unterlassen sollen, unpartheiische Personen deshalb zu vernehmen; und es ist auffallend, daß die Untersuchungs-Commission, sich von der Vernehmung des Revisors Schneidt durch den unverkennbaren Irrthum hat abhalten lassen, als rede die Schneidtsche Note, von einem andern Zeitpunkte, als der Einweisung des Hofraths Schubert, wovon doch das Gegentheil in dem Gutachten des Hofraths Feuerbach * überzengend dargethan ist.

§. 30.

Wir können daher, in der jetzigen Lage der Sache, nicht umhin, der Behauptung des eben genannten scharfsinnigen Rechtslehrers vollkommen beizupflichten, daß es zum mindesten noch zweifelhaft sey, ob dem Hofrath Schubert die von seinem Amtsvorfahren als Antunetzisches Depositengelder hinterlassenen 809 Fl. 8½ Kr., baar und einzeln vorgezählt, oder vielmehr nur nach den Aufschriften der Paquete summirt überliefert seyen, indem theils das Einweisungs-Protocoll, * weil es den wesentlichen Fehler hat [15]), daß es nicht wieder vorgelesen ist, sehr an Glaubwürdigkeit verliert, besonders da dasselbe von dem bei diesem Deposito so unmittelbar interessirten Registrator Seyfert geführt und bereits in einem andern Punkte von dem Revisor Schneidt als unrichtig angegeben, * theils auch eben dieses Protocoll so unbestimmt abgefaßt ist, daß man den darin gebrauchten Ausdruck „Zählung", eben so füglich von einer Revision der Kasse nach den Aufschriften der Paquete, als von einem speciellen Nachzählen jedes einzelnen Päckchens verstehen kann; für welches erstere ohnehin um so mehr Grund vorhanden seyn möchte, weil selbst die jetzige Untersuchungs-Commission ein im Anfange dieser Untersuchung aufgenommenes Kassenvisitations-Protocoll, * aus mehreren dafür allegir-

15) L. E. G. Meisters Einl. in den peinlichen Proceß S. 111. Martin's Lehrbuch d. bürgerlichen Processes (*edit.* 2. §. 67. *n. h.*

ten Wahrscheinlichkeits-Gründen, auch nur dahin verstanden wissen will, daß die in demselben bezeugte Richtigkeit der nachgesehenen Depositengelder, nur eine Revision nach den Aufschriften und nicht des Geldes selbst zum Grunde habe, * mithin diese Art der Kassenrevision nach den blosen Aufschriften, dort nicht ungewöhnlich zu seyn scheint; überdies auch besondere Wahrscheinlichkeits-Gründe in den Acten vorkommen, warum gerade dieses Antunetzische Depositum bei der Einweisung des Hofraths Schubert nicht nachgezählt worden seyn mag. *

§. 31.

Will man inzwischen auch davon ganz absehen, daß die Zweifelhaftigkeit eines während der Depositenverwaltung des Hofraths Schubert eingetretenen Defects an diesem Deposito, mithin die völlige Ungewißheit des Corporis delicti, eigentlich die Untersuchung gegen ihn, als den Urheber desselben, und somit als den, welcher das Verbrechen einer Unterschlagung anvertrauten Geldes begangen habe, noch zur Zeit unstatthaft macht [16]; so wird sich dennoch evident ergeben, daß die ihn als Urheber dieses Defects, vermeintlich darstellenden Verdachts-Gründe, theils an sich ungegründet sind und auf keiner richtigen Schlußfolgerung beruhen, theils

16) Feuerbach's Lehrbuch des peinlichen Rechts. §. 544. 619. u. 621. *de Böhmer meditat. ad art.* 6. C. C. C. §. 13. Quistorp's Grundsätze des peinlichen Rechts. §. 599.

auch durch wichtige Gründe für eine entgegengesetzte Wahrscheinlichkeit wieder aufgehoben werden: eine Ausführung, welche kein des peinlichen Processes Kundiger, darum für überflüssig halten kann, weil die bisherigen Urtheile, auf jene Verdachts-Gründe, die Fortsetzung der Untersuchung gegen den Hofrath Schubert erkannt haben, und (wie in den Gründen des Landshuter Urtheils * gesagt wird) rechtskräftig geworden seyen. Denn, ohne auf die richtigere Theorie, daß es im peinlichen Processe in der Regel überall keine Rechtskraft gebe, (S. 59. unten) hier uns bereits zu berufen, so ist es doch wohl entschieden, und allgemein anerkannt, daß wenigstens ein solches reines Interlocut, wie die bisherigen, in dieser Sache bloß auf Vernehmlassung sprechenden Urtheile sind, nie die Darstellung der Unschuld aus der Nichtigkeit der Verdachts-Gründe ausschließe, nie zum Nachtheile des Angeschuldigten einer Rechtskraft fähig [17]) sey. Wenigstens würde man durch Behauptung des Gegentheils, theils die Inconsequenz begehen, die Analogie des Civilprocesses, auf welche doch die ganze Lehre von der Rechtskraft peinlicher Urtheile gebaut wird, zu verlassen, theils auch ohne alles Gesetz, diese rein positive Wirkung richterlicher Civilurtheile, den einfachen Criminalinterlocut beilegen, ob man sie gleich nicht einmal dem definitiven Strafur-

17) *Arg. L. 9. in E. C. de senat. et interre. C. 60. X. de appell.*

theile zuschreiben kann [18]), noch beizulegen gewohnt ist [19]).

§. 32.

Wir wenden uns daher zu der Prüfung der Anzeigen selbst. Hier sollen nun, nach dem Inhalte der bisherigen Untersuchung, weniger specielle Verdachts-Gründe, warum er gerade einer Unterschlagung dieses einzelnen Depositi für verdächtig erachtet wird, als vielmehr vorzüglich, einige allgemeine Gesichtspunkte, warum man ihn überhaupt, der Unterschlagung von mehreren Depositengeldern für wahrscheinlicherweise schuldig erachtet hat, gegen den Hofrath Schubert sprechen. Beide Gattungen werden daher hier durchzugehen seyn, und es bedarf in Hinsicht der letzteren, dann demnächst bei andern Anschuldigungen nur der Zurückweisung auf diesen Abschnitt. Ehe wir aber in diese genauere Erörterung eingehen, wird es nicht unzweckmäßig seyn, hier, wo zuerst von dem rechtlichen Werthe der in den Acten angenommenen Verdachts-Gründe die Frage ist, an die allgemeine Rechts-Wahrheiten zu erinnern, von welchen überzeugt, wir hier die Anwendung gemacht haben. Die erste derselben ist,

18) *L. 6. de appellationibus.*

19) Klein und Kleinschrod's Archiv des peinlichen Rechts. 2s Bd. 3. St. S. 31. §. 8. *G. J. F. Meister princip. jur. crim.* §. 437. Quistorp's Grunds. des peinlichen Rechts. §. 775.

daß alle Vermuthungen, und unter ihnen, auch die Indicien des peinlichen Processes, auf Schlußfolgerungen von einer (mehr oder weniger) ausgemachten Thatsache, auf eine andere ungewisse beruhen [20]). Sollen daher dergleichen, wahren rechtlichen Werth haben, so muß jede Anzeige eines begangenen Verbrechens nicht nur von einer an sich wenigstens einigermaßen erwiesenen [21]) Thatsache hergenommen werden, sondern es wird auch zwischen dieser, und der daraus zu folgernden Thatsache, eine solche Verbindung als vorhanden zum voraus gesetzt, daß man von dem Daseyn der einen, berechtigt ist auf die Existenz der andern einen gültigen Schluß [22]) zu ziehen. Nur unter diesen Voraussetzungen existirt ein Indicium überall. Allein damit ist dennoch in einem einzelnen Falle die Wirksamkeit dieses Indicii noch nicht ausgemacht, sondern diese hängt nebendrein — und dies ist eine zweite, hier nicht ausser Acht zu lassende Regel, — noch von dem Daseyn und der Stärke derjenigen Gründen ab, welche für eine ent-

20) Weindler über Vermuthung. Landshut 1801. §. 15 — 22. Gönner's Handbuch des Processes. (2 edit.) Th. 2. Abhandl. 37. §. 23. v. Tevenar's Theorie der Beweise. S. 27. u. 58. Feuerbach a. a. O. §. 547. *G. J. F. Meister l. c.* §. 99.

21) Art. 23. der P. G. O.

22) Stübel über den Thatbestand der Verbrechen. §. 243. ff. Grolmann a. a. O. §. 448.

gegengesetzte[23] Wahrscheinlichkeit in concreto sprechen.

§. 33.

Betrachtet man nach diesen ausgemachten Rechtssätzen, zuerst die speciellen Anzeigen, warum man den Hofrath Schubert einer Unterschlagung an dem Antunetzischen Deposito für schuldig gehalten hat, so gehört dahin 1) die 3½ Monate lang verzögerte Auslieferung dieses Depositi: denn es ist eingestanden, und überdies erwiesen, daß obgleich bereits am 15. März 1791 das Requisitions-Schreiben des fürstlichen Hofmarschallamts, um Einsendung dieses Depositi, dem Hofrathe Schubert zugestellt,* auch zu dem Ende die deponirten Gelder sogleich am 15. oder 16. März 1791 von dem landgerichtlichen Depositenzimmer herab in die Wohnung des Hofraths Schubert geschaft waren,* dennoch die Ablieferung selbst, erst am 2. Juli 1791 erfolgt ist. *

Allein da nicht jeder Aufenthalt der Auszahlung eines Depositi, sondern nur eine absichtliche, durch genügende Gründe nicht gerechtfertigte Verzögerung derselben, Grund zu dem Argwohne geben kann, daß Illegalitäten bei dessen Bewahrung, die Veranlassung zu dem Aufschub gegeben haben möchten, so ist erstens dies Indicium von der Untersuchungs-Commission

23) Art. 28 der P. G. O. Feuerbachs Lehrbuch des peinl. Rechts. §. 560. ff.

noch nicht in seiner erforderlichen Vollständigkeit aufgeklärt, indem man bis jetzt versäumt hat, die rechtlich genügende Veranlassung dieses Aufschubs, welche der Hofrath Schubert nicht nur angeführt,* sondern auch durch ein Notariats-Zeugenverhör * bereits bescheiniget hat, in derjenigen Form, welche zu gültigen Zeugenverhören im peinlichen Processe [24]) erfordert wird, gebührend aufzuklären. Sehr unrichtig ist man hier, so wie bei mehreren andern Gegenständen dieser peinlichen Untersuchung, dabei stehen geblieben, den Angeschuldigten zum Beweise seiner Unschuld aufzufordern,* und die Art jenes Defensionalzeugenverhörs zu tadeln,* da es doch die Pflicht jedes inquirirenden Gerichts ohne Zweifel mit sich bringt, sogar unaufgefordert, die Mittel und Gründe der Defension, deren Anwendbarkeit ihm auf irgend eine Art bekannt werden, gehörig zu benutzen, und hierdurch die Gewißheit der That mit allen ihren Nebenumständen herbeizuschaffen, und die Strafwürdigkeit des Angeschuldigten, in dem vollständigen Lichte darzustellen, ohne welches kein Strafurtheil gefällt werden darf [25]). Besonders ist diese Vernachlässigung in dem vorliegenden einzelnen Punkte zu tadeln, wo in der That ein qualificirtes Geständniß des Incul-

24) Claproths Einl. in sämmtliche summarische Processe. §. 576 — 580.

25) *Arg. art.* 47. 151 u. 154 d. P. G. O. *de Böhmer meditat. ad C. C. C. art.* 28. §. 2. Grolmann a. a. O. §. 507. C. F. G. Meister's Abhandl. d. Processes. S. 221. §. 33.

paten vorliegt, welches einer Ableugnung gleich zu achten ist, da es einen wesentlichen Bestandtheil des Indicii, nämlich den Mangel rechtlicher Gründe dieser Verzögerung, in Abrede stellt, und eben deshalb, — so wie im Civilprocesse dem Kläger die Beweislast bei dergleichen Fällen obliegt [26]), so auch hier, — es dem inquirirenden Gerichte zur Pflicht macht [27]), den geleugneten Theil des Indicii in Gewißheit zu bringen.

§. 34.

Selbst aber auch dann, wenn man jenen Mangel übersehen wollte, so würde doch zweitens diese, ohnehin nur entfernte Anzeige einer an diesem Deposito von dem zögernden Depositario verübten Unterschlagung, durch die in dem vorliegenden Falle vorgekommenen Nebenumständen völlig widerlegt werden. Denn, will man aus der verzögerten Auszahlung auf einen Defect schließen, so muß man entweder zum voraus setzen, daß die Zögerung ein Mittel solchen zu verbergen habe seyn sollen, oder daß sie eine Folge des Defects, welcher nicht schneller habe ersetzt werden können, gewesen sey, indem es, ohne eine dieser beyden Voraussetzungen, an aller Verbindung zwischen der Zögerung und dem Defecte nicht

26) A. D. Weber von der Verbindlichkeit zur Beweisführung. S. 322. ff. Gönner's Handbuch des deutschen gemeinen Processes. Th. 2. S. 385. ff. (*edit.* 2.)

27) Grolmann a. a. O. §. 443. (*edit.* 2.)

nur fehlen, sondern sogar das Widerstreitende darin liegen würde, daß der untreue Depositarius bei einer solchen Zögerung Gefahr liefe, seinem Zwecke zuwider den Verdacht der Unrichtigkeit gegen sich zu erregen, welches doch bei einem absichtlich begangenen Verbrechen, dergleichen jede Unterschlagung ist, von keinem seines Verstandes mächtigen Verbrecher angenommen werden kann. Nun ist es aber in dem vorliegenden Falle deshalb zuförderst unmöglich, dem Hofrathe Schubert die Absicht beizumessen, vermittelst der verzögerten Auszahlung dieses Depositi den daran gefundenen Defect zu verheimlichen, weil er selbst, ohne von jemand anders dazu aufgefordert zu seyn, noch bei der wirklichen Auszahlung dieses Depositi, mithin nach geendigter Zögerung, das Daseyn des Defects, hat zu Protocoll * nehmen lassen, wiewohl die Landgerichts-Subalternen, früher von der Existenz desselben nicht unterrichtet gewesen zu seyn, versichern, * folglich dessen Verheimlichung gar nichts im Wege gestanden hätte, wenn der Hofrath Schubert solche beabsichtiget gehabt. Diese von ihm dagegen beobachtete Publicität in Rücksicht des Defects, widerlegt zugleich auch die andere Ansicht der Zögerung mit dem Auszahlen dieses Depositi, nämlich als ob solche eine Folge des Defects und der Unvermögenheit, denselben schneller zu ersetzen, gewesen sey. Denn für wahrscheinlich, kann es erstens schon überhaupt nicht gehalten werden, daß der Hofrath Schubert ausser Stande gewesen seyn sollte, den klei-

nen Defect von 238 Fl. 42 ⅖ Kr., welcher allein ihm etwa zur Last fallen könnte (S. 42. oben), schnell zu decken, da er doch, nicht nur ein eigenes Vermögen von anfänglich mehr als 19000 Fl., und nachher von mehr als 24000 Fl. besaß, * sondern auch so ansehnliche Deposita verwaltete, daß ausser der zinsbar ausgeliehenen, mehr als 60/m Fl. * betragenden Summe, — in deren Rücksicht doch auch seine alleinige Aufkündigung, de facto wenigstens, angenommen wurde — * noch ein beträchtlicher baarer Vorrath, bei den beinahe täglich vorkommenden * Depositeneinnahmen nnd Ausgaben, vorhanden war, und seyn mußte, wie dies besonders aus dem, in der erbrochenen und bereits bestohlnen Depositenkiste, zurückgebliebenen Vorrathe, von 6325 Fl. * schon allein erhellet, wenn man auch auf die in der unbeschädigten Kiste damals gleichfalls noch gefundenen Gelder * so wenig, wie auf diejenigen Rücksicht nehmen wollte, welche der Hofrath Schubert in seinem Hause aufbewahrte, und welche bei Ablieferung der Kasse 2587 Fl. betragen haben. * Noch weniger aber, kann die Voraussetzung, daß der Hofrath Schubert ausser Stande gewesen sey, jenen kleinen Defectl binnen 3½ Monaten zu decken, mit seiner vorhin (S. 52) gedachten eignen Anzeige der bis dahin unbekannt gebliebenen Existenz des Defects vereinigt werden, da diese Anzeige zu einer Zeit erfolgt ist, wo doch dies Depositum bereits vollständig abgeschickt

war,* wo mithin der Hofrath Schubert, es ganz zu verheimlichen die beste Gelegenheit, und wenn von ihm hier eine Unterschlagung begangen gewesen wäre, die in die Augen fallendsten Beweggründe zu Vermeidung der Publicität gehabt hätte.

Diesem allen nach, zerfällt mithin der erste specielle Verdachts-Grund einer von ihm an diesem Deposito begangenen Untreue, in ein völliges Nichts.

§. 35.

Eben dasselbe wird sich noch leichter 2) in Rücksicht des Arguments ergeben, welches man gegen ihn von der Art der Tilgung des an dem Antunetzischen Deposito sich gefundenen Defects hergeleitet hat. Der Hofrath Schubert ersetzte nämlich gleich damals, die ganze abgängige Summe aus der baaren Caution, welche die Erben seines Amts-Vorfahren mit 1300 Fl., wegen der Depositenverwaltung ihres Erblassers, geleistet hatten (S. 7. oben) und rückte auch dieses mit den Gründen, warum er sich dazu befugt hielt, umständlich in das Protocoll der Auszahlung * ein, allein er soll davon dem Landgerichte keine Anzeige gemacht haben; daher man dieses sein Verfahren, als ein eigenmächtiges und somit verdächtiges, betrachtet hat. Nun ist es, bei der mannichfaltigen Unordnung, welche dem kaiserlichen Landgerichte, den Acten nach zur Last fällt, * zwar noch nicht einmal ausgemacht, ob der Inculpat die Anzeige von jenem Vorfalle wirk-

lich unterlassen habe, und jetzt nur wahrheitswidrig vorgebe, sie in der That gemacht zu haben; nehmen wir aber jene Thatsache, auch als ausgemacht an, so ist sie doch zu Begründung eines Verdachts der Depositenunterschlagung, durchaus untauglich, und vielmehr ein specielles desto stärkeres Gegenindicium, je mehr offenkundig der Inculpat, dieses sein Benehmen, durch dessen Darstellung in einem Protocolle und Eröffnung desselben an die dabei gegenwärtigen zwei Landgerichts-Subalternen, gemacht hat, und je mehr er den Widerspruch und die Beschwerden der Plattischen Erben, über kurz oder lang hätte besorgen müssen, wenn ihn nicht die eigene Äusserung des Bevollmächtigten der Plattischen Erben für dieses Geschäft der Depositen-Auseinandersetzung, des Revisors Schneidt, * welche dahin lautet:

„1000 Fl. 58⅗ Kr. müssen baar, und aus der „Plattischen Masse ergänzt werden, *"

dazu berechtigt hätte. An ein peinlich strafbares Dienstvergehen bei dieser vermeinten und noch unerwiesenen Eigenmacht zu denken, wird aber wohl niemanden einfallen, da es dazu an allem Rechts-Grunde, einem Strafgesetze, fehlt, und es obendrein aus den Acten erhellet, daß das kaiserliche Landgericht, mit unverantwortlicher Nachlässigkeit, die Aufsicht, ja sogar die Kenntniß seines Depositenwesens überhaupt vernachlässigt, * und insbesondere die Berichtigung des Bestandes der Depositenverwaltung

des verstorbenen Hofraths Platti, lediglich dem Revisor Schneidt überlassen habe, (S. 7. oben) welcher jener Art den Defect zu tilgen, beistimmte.

§. 36.

Rechtlich begründeter Verdacht einer partiellen Unterschlagung an dem Antunetzischen Deposito, gehet solchemnach gegen den Hofrath Schubert, durchaus nicht aus den Thatsachen hervor, welche man als specielle Verdachts-Gründe dieser Unterschlagung in den Acten angesehen hat. Jetzt wird also noch die Frage seyn, ob er durch die allgemeinen Verdachts-Gründe einer Depositenunterschlagung, welche gegen ihn angeführt sind, mehr gravirt sey? Zu diesen allgemeinen Gründen eines solchen Verdachts, sind A) als sogenannte antecedirende Indicien, verschiedene Beweggründe, welche den Hofrath Schubert zu Begehung eines solchen Verbrechens (wie man angenommen hat) wohl hätten bestimmen können, gezählt worden; nämlich] 1) Geldverlegenheit, in welcher sich der Inculpat befunden haben soll, indem er bereits auf der Academie angeblich Schulden gemacht, und solche bei seinem großen Aufwande, während der fünf Jahre, die er als unbesoldeter Landgerichtsrath in Diensten gestanden, sicher und um so mehr vermehrt haben müsse, weil die Aussteuer seiner Gattin, mit der er sich sehr bald nach seiner Anstellung verheirathet habe, wenigstens in den ersten drei Jahren aufgezehrt gewesen seyn dürfte, und

weil ferner die Gelangung zu dem Domcapitelschen Syndicat, dem Hofrath Schubert viel Geld gekostet haben müsse, es ihm aber an diesem Gelde gefehlt habe. Allein alle diese Thatsachen sind eines Theils durchaus mit nichts dargethan, sondern man hat, auf eine höchst unstatthafte Weise, von dem Angeschuldigten zum Theile den Beweis des Gegentheils begehrt, * da es doch die ausgemachteste Pflicht des inquirirenden Gerichts ist, die Richtigkeit der Thatsachen zuerst in Gewißheit zu versetzen, worauf ein bestimmter Verdacht gegründet werden soll [28]), mithin in dem vorliegenden Falle, zuförderst das Unverhältnißmäßige des von dem Hofrathe Schubert gemachten Aufwandes, zu seiner Einnahme an Sporteln, und zu der von seinen Eltern erhaltenen Unterstützung, hätte dargethan werden müssen. Von allen dem aber, findet sich in den Acten nicht nur keine Spur, sondern man hat es sogar auch versäumt, die Beweismittel, welche der Inculpat zur Widerlegung jener Behauptungen verschiedentlich angeführt hat, * gebührend zu benutzen, daher dann das Indicium wenigstens als ganz unerwiesen, betrachtet werden muß.

§. 37.

Überdies aber liegt selbst in demjenigen, was die Untersuchungs-Commission von der Art und Weise

28) Art. 23. auch 142. d. P. G. O. *de Böhmer meditat. ad C. C. C. art. 62.* §. 1. Westphal's Criminalrecht. Anmerk. 145. §. 5. Hagemeister's Erört. über General- u. Specialinquisit. §. 7.

des vom Inculpaten gemachten Aufwandes in den Acten angegeben hat, sogar eine Widerlegung des in Frage stehenden Verdachts=Grundes. Denn, nicht etwa Verschwendung hat man ihm zur Last gelegt, sondern im Gegentheile vielmehr ihm vorgehalten, daß er verschiedene Kostbarkeiten und theures Hausgeräthe, namentlich Ringe, Silbergeräthe, Uhren, Kupferstiche, Leinewand, Spitzen und kostbare Kleidungen, sich angeschaft habe. * Ist dies nun wahr, so konnte der Hofrath Schubert wegen eines Defects von 238 Fl 42$\frac{2}{4}$ Kr. nie in der Verlegenheit seyn, daß er um solchen zu ersetzen 3$\frac{1}{2}$ Monate lang, die Auszahlung hätte verzögern müssen, und hierdurch sich der Gefahr aussetzte, einen ihm, wenn er einer Untreue sich bewußt war, so sehr bedenklichen Verdacht wider sich zu erregen. Die angeschaften Kostbarkeiten, würden ihm stets Mittel an die Hand gegeben haben, einen so kleinen Posten schnell zu tilgen, und er würde das große Interesse, keinen Verdacht sich zuzuziehen, gewiß nicht verkannt haben, wenn er des Verbrechens sich bewußt gewesen wäre. Wir beziehen uns, zum Überflusse, besonders in Rücksicht der unbegreiflichen Argumentation über die ganz unerwiesene Art, die angeblich großen Kosten herbeizuschaffen, durch deren Anwendung Inculpat das Domcapitularische Syndicat erlangt habe, nur noch auf die überzeugende Ausführung des Hofraths Feuerbach, * und nehmen mit ihm diese Anzeige für in dem vorliegenden Falle überall nicht be=

gründet, um so mehr an, weil es ja bekannten Rechtens ist, daß nicht jeder geringe von Begehung eines Verbrechens zu erwartende Vortheil, schon eine Wahrscheinlichkeit der wirklichen Verübung desselben gegen eine bestimmte Person begründe; sondern daß auch eine gewisse Proportion zwischen solchem Vortheile und der Größe des in Frage stehenden Verbrechens voraus gesetzt werde [29]), woran es aber in dem vorliegenden Falle sicher fehlt. Denn bei aller gegen den Hofrath Schubert in den Acten bewiesenen Animosität, besonders seines Denuncianten, hat doch nicht einmal angeführt werden können, daß etwa die gerichtliche Verfolgung von einem Gläubiger, jene angebliche Geldverlegenheit dringend gemacht habe; vielmehr mußte mit der, bereits im Julius 1790 entschiedenen, Ernennung * des Hofraths Schubert zum Syndicus des Domcapituls, der vermeinte Drang, welcher aus den Kosten der Bewerbung um diese Stelle entstanden seyn soll, aufhören, und statt dessen, der Kredit des so ansehnlich beförderten Inculpaten erhöhet werden; die Auszahlung des Antunetzischen Depositi, ist aber, erst im Monate März 1791 officiell begehrt * worden, folglich konnte die Herbeischaffung von 238 Fl. 42⅔ Kr. ihm damals, nicht mehr schwer fallen, hingegen würde es sein höchstes Interesse erfordert haben, jenen Defect nicht bekannt werden zu lassen, wovon er aber, aller

29) *Arg. art.* 26. der P. G. O. Quistorp's Grundsätze des peinlichen Rechts. §. 625.

Gelegenheit solchen zu verbergen ungeachtet, freiwillig gerade das Gegentheil gethan hat (S. 52. oben).

§. 38.

Ein zweites antecedirendes Indicium ist sodann 2) von einer, für wahr angenommenen Neigung des Inculpaten zu dieser Art von Verbrechen hergeleitet worden. Die Anwendbarkeit dieser entfernten Anzeige, in dem vorliegenden Falle, kann aber erst dann geprüft werden, wenn am Schlusse der Kritik aller wider den Inculpaten vorgebrachten Anschuldigungen, sich ergeben sollte, daß derselbe das Verbrechen einer Unterschlagung ihm anvertrauten fremden Gutes, bereits einstmals vollbracht, oder unternommen habe, oder dessen auch nur vormals, mit Grunde [30]) bereits beschuldigt (d. h. in einem bedeutenden Grade verdächtig geworden) sey. Hier genügt es daher, zum voraus nur zu bemerken, daß so wenig der eine als der andere dieser Fälle aus den ganzen vorliegenden Acten sich bewähre, mithin diese Anzeige von selbst ganz [31]) hinwegfalle.

§. 39.

Wir wenden uns daher sofort 3) zu der gleichfalls antecedirenden Anzeige, welche man aus den (S. 28.—37.

30) Art. 25. § 1. der P. G. O.

31) s. noch Feuerbach's Rechtsgutachten. 442. S. 511. ff.

oben) bereits in Rücksicht ihrer eignen Strafbarkeit betrachteten, sogenannten Dienstvergehungen, und einigen andern den Dienstpflichten angeblich zuwiderlaufenden Handlungen des Hofraths Schubert, herleiten zu können geglaubt hat. Denn man hat diese, als Vorbereitungen zu Ausführung der Depositenunterschlagung betrachtet, mithin den Willen des Inculpaten das Delict zu begehen, daraus unmittelbar gefolgert. Allein betrachten wir α) die oben bereits beurtheilte Unterlassung des Sammlens aller Depositenprotocolle in ein ordentlich geheftetes Buch (S. 28.) und wollen auch ganz davon absehen, daß nach unserer oben dargestellten rechtlichen Überzeugung, der Hofrath Schubert vollkommen befugt war, so wie von ihm geschehen ist, dabei zu Werke zu gehen, dergestalt, daß hierin überall keine Illegalität zu finden ist; so begründet dennoch diese Thatsache, wenn man sie anders nur in ihrer wahren Gestalt und ganzen Umfange betrachtet, durchaus keinen Verdacht einer durch sie vorbereiteten Depositenunterschlagung. Denn sie war unter den vorliegenden Nebenumständen, kein dazu taugliches Mittel, folglich kann von einem Manne, welcher auch nur den gewöhnlichen Menschenverstand besitzt, nicht angenommen werden, daß er durch solche zweckwidrige Mittel, eine vermittelst ihrer unerreichbare Absicht an den Tag gelegt habe. Der Hofrath Schubert hat nämlich, wie in den gesammten voluminösen Acten niemals bezweifelt worden ist, nicht

nur allen den Personen, welche bei dem kaiserlichen Landgerichte etwas deponirten, jedesmal Empfangs- oder Depositenscheine ausgestellt, * sondern auch durch den beeidigten Revisor Schneidt ein abgesondertes Hauptbuch über alle Deposita * führen lassen, und endlich sind alle jene ungehefteten Depositions-Protocolle von der Hand eines beeidigten Landgerichts-Actuarii geschrieben; * es würde daher allen Regeln der Wahrscheinlichkeit zuwiderlaufen, wenn man annehmen wollte, daß Inculpat die Protocolle *in der Absicht* ungeheftet gelassen habe, um das eine oder andere Protocoll ganz zu unterdrücken, während er durch seinen ausgestellten Empfangs-Schein, so wie durch das Hauptdepositenbuch, und endlich durch den beeidigten Actuarium, welcher *jedesmal* jene Protocolle führte, sehr leicht des Empfangs würde haben überwiesen werden können. Wir brauchen daher des Umstandes nicht zu gedenken, daß sich während der langen, über die Depositenverwaltung des Hofraths Schubert bisher geführten Untersuchung, auch nicht ein einziger Fall ereignet hat, daß derselbe den Empfang irgend eines Depositi in Abrede gestellt hätte, worüber das Depositions-Protocoll sich nicht gefunden, daß es mithin an allem Corpore delicti für *dieses* vermeinte Indicium fehlt. Der Ungrund jener Schlußfolgerung ist ohnehin um so mehr einleuchtend, je natürlichere Bewegungs-Gründe für das Nichtzusammenheften der sämmtlichen Depositions-Protocolle bereits in den Acten * und oben (S. 29. f.) angegeben

sind, und je weniger vereinbar mit einem solchen verbrecherischen Zwecke dieser erlaubten Handlung der Umstand seyn würde, daß der Inculpat* seinem Subalternen gestattete, willkührlich einer dergleichen Controlle seiner Depositenverwaltung einzuführen, wie solche in Anlegung des oftgedachten Hauptbuchs doch in der That enthalten ist. Es läßt sich mithin diese Handlung nicht nur eben so gut aus völlig legalen Gründen herleiten, sondern, da sie nicht einmal als dienlich zu dem supponirten illegalen Zwecke betrachtet werden kann, so steht sie auch in der That mit dem Verbrechen, welches man als durch sie bezweckt betrachtet hat, in überall keiner wahren Verbindung, so fern man nicht den Hofrath Schubert für einen Mann ohne Verstand halten will; welches aber den Acten nach, gerade umgekehrt der Fall ist, da man ihm einen schlau ausgedachten Plan untergelegt, er aber auch wirklich, überzeugende Beweise einer richtigen Beurtheilung und eines unverkennbaren Scharfsinnes in den Acten gegeben hat.

§. 40.

Eben so grundlos ist β) die in den Acten aufgestellte Behauptung, daß der Inculpat einer Unterschlagung von Depositengeldern darum verdächtig sey, weil er mehrere Deposita in seiner Privatwohnung in Empfang genommen, und daselbst aufbewahrt, oder aus dem landgerichtlichen Depositenzimmer herab, und in sein Haus geholt habe, ohne hierüber jedesmal ein

Protocoll zu führen. Denn diese Handlung war, an sich allein betrachtet, ebenfalls kein taugliches Mittel, wenigstens zu einer gänzlichen Zueignung irgend eines Depositi; worauf, in Rücksicht des Defects an dem hier immer noch in Frage stehenden Antunetzischen Deposito, gegenwärtig die Schlußkraft dieser Anzeige, allein zu beziehen ist. Dies ergiebt sich vollkommen daher, weil nach einmal erwiesenem Empfange des Depositi, der Inculpat für dessen Wiederablieferung so lange haftete, bis er [32]) im Stande war, ein unverschuldetes Abhandenkommen desselben darzuthun, möchte er übrigens dasselbe aufbewahrt haben, wo er wollte; ein Umstand, welcher dem Hofrath Schubert, als einem Rechtsgelehrten nnd Mitgliede eines angesehenen Gerichts, nicht unbekannt seyn konnte. Man hat daher in den Acten diese Thatsache auch nur in Verbindung mit der Supposition, daß der Einbruch in das landgerichtliche Depositenzimmer und die daselbst gestandene Kiste lediglich zum Schein gemacht worden sey, für einen Verdachts-Grund gehalten. Da nun aber unten (§. 72.) gezeigt werden wird, daß das Gutachten der zuletzt abgehörten Kunstverständigen * diese Supposition völlig vernichte, und es als erwiesen betrachtet werden müsse, daß ein wahrer Einbruch in jene Behältnisse geschehen sey, so fallt hiemit die bisherige in den Acten angenommene Ansicht dieser Thatsachen,

32) A. D. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung. S. 249. ff.

um so mehr über den Haufen, je weniger die zwei Fragen mit einander verwechselt werden dürfen, 1) ob der Hofrath Schubert zu einem Schadens-Ersatze deshalb verpflichtet sey, weil, wegen seiner Aufbewahrung der Depositorum an zwei verschiedenen Orten und wegen des Hin- und Hertransportirens derselben, es ungewiß geworden sey, ob denn auch alle von ihm als gestohlen angegebene Deposita sich wirklich in dem Depositenkasten befunden haben? mit 2) der Frage, ob derselbe durch solche Handlungen verdächtig geworden sey, selbst das Verbrechen der Unterschlagung von Depositengeldern begangen zu haben? Nur diese letztere Frage kann der nächste Gegenstand des vorliegenden peinlichen Processes wenigstens so lange seyn, als das dem Hofrathe Schubert imputirte Verbrechen noch nicht erwiesen ist, weil, bekannten Rechten zufolge, aller Schadens-Ersatz aus Verbrechen, nur alsdann vermittelst des peinlichen Verfahrens verfolgt werden kann, wenn bei erwiesenem Delicte es thunlich ist, über die Entschädigung durch einen Anhang des Strafurtheils zu erkennen; widrigenfalls die Verfolgung des Schadens-Ersatzes in dem Wege des bürgerlichen Processes, nur vorbehalten werden darf.[33])

33) Grolmann a. a. O. §. 544. a. E. *Pufendorf*, *t.* I. *obs.* 169. Kleinschrod's Abhandl. aus dem peinl. Rechte. 3. Th. 16. Abhandl. §. 18.

§. 41.

Beschränkt man sich nun aber, dem gemäß, lediglich auf die Frage, „in wie fern der Hofrath Schubert durch die Einnahme und Aufbewahrung mehrerer Depositen in seiner Privatwohnung, so wie durch das Herabtransportiren anderer Depositorum aus dem landgerichtlichen Depositenzimmer in sein Haus, selbst verdächtig geworden sey, dergleichen Gelder gänzlich unterschlagen zu haben, so ist es unverkennbar, wie sehr eine solche Schlußfolgerung von bloßer Möglichkeit auf die Wirklichkeit, nicht nur an sich schon, allen Regeln der Logik zuwider laufe, [34]) sondern daß sie überdies auch noch unter den vorliegenden besonderen Umständen, deshalb durchaus nicht zu rechtfertigen sey, weil jene Handlungen völlig erlaubte (S. 30. f.) waren, zu den Amts-Geschäften des Inculpaten gehörten und, zum Theile wenigstens, durch den besonderen Geschäfts-Gang bei dem Landgerichte,* zum Theile aber, durch besonderes Verlangen der Interessenten* gerechtfertigt sind. Ja, was noch mehr ist, durch diese Handlungen wurde nicht einmal eine besondere oder größere Möglichkeit der wirklichen Unterdrückung irgend eines Depositi begründet, so lange der Hofrath Schubert über die solchergestalt eingenommenen Deposita, gleichfalls gehörige Empfangs-Scheine ausstellte, und Depositions-Protocolle durch beeidigte Actuarien, auch in Rücksicht

34) Stübel vom Thatbestande. §. 169. A. D. Weber über d. B.weislast. S. 113.

ihrer aufnehmen ließ, welches doch, wie schon gedacht ist, nirgends in den Acten bezweifelt wird. Denn unter diesen Voraussetzungen war es ihm, als dem alleinigen Schlüsselbewahrer, eben so gut möglich auch von den im landgerichtlichen Zimmer aufbewahrten Depositen einzelne zu unterdrücken. Es ist daher zu Vernichtung dieses vermeintlichen Indicii kaum einmal erforderlich, noch an die Publicität zu erinnern, mit welcher der Inculpat bei den gedachten Handlungen zu Werke gieng, da er den speciellen Ort des Empfangs in den Depositions-Protocollen mehrentheils ausdrücklich * bei der Überschrift bemerken, die beeidigten Landgerichts-Subalternen die Aufbewahrung landgerichtlicher Depositorum in seiner Wohnung gewahr werden, * und respective durch diese Personen * das Geld, vom Landgerichte herab, öffentlich in sein Haus tragen ließ; ja, da er sogar bei Ablieferung des ganzen Depositenwesens, aus seinem Hause eine so große Summe an die Einweisungs-Commission überlieferte (S. 16.), ob es ihm gleich weder an Zeit, noch an Gelegenheit fehlte, noch nach entdecktem Einbruche in den Depositenkasten, alles dieses in die unversehrte Kiste zu schaffen, * und es, sobald er irgend einer Illegalität in seiner Depositenverwaltung sich bewußt gewesen wäre, sein unverkennbares Interesse erfordert hätte zu verhüten, daß man nicht veranlaßt werde, besonders aufmerksam auf ihn zu seyn.

§. 42.

Wo möglich, noch weniger bündig, ist γ) die Schlußfolgerung, welche das untersuchende Gericht sich berechtigt gehalten hat, aus einem, ohnehin noch unerwiesenen, unvorsichtigen Anvertrauen der Schlüssel zu dem Depositen z i m m e r, und sogar auch der Schlüssel zu der Depositen k i s t e an dritte Personen, (nämlich landgerichtliche Subalternen) auf eigne Verübung einer Depositenunterschlagung von Seiten des Hofraths Schubert, ziehen zu können. Denn, man könnte zwar im Allgemeinen es für möglich halten, daß die Absicht bei diesem Anvertrauen der Schlüssel an andere Personen dahin gegangen sey, demnächst nach entdecktem Defecte Gelegenheit zu haben, sich darauf zu berufen, daß m e h r e r e Personen den Zutritt zu den Depositis gehabt hätten, mithin nicht bloß der e i n e Schlüsselbewahrer verdächtig seyn könne den Defect verursacht zu haben; und so wäre hier dann ein m i t t e l b a r e s Indicium der eignen Verübun jener Depositenunterschlagung, allerdings vorhanden.

Allein da gerade der wichtigste Bestandtheil dieser Anzeige, nämlich ein n a c h entdecktem Defecte geschehenes Berufen auf den Zutritt mehrerer Personen zu dem Depositenkasten, in dem vorliegenden Falle sich überall nicht findet, indem der Hofrath Schubert vielmehr n o c h j e t z t standhaft l e u g n e t, jemals die Schlüssel zu dem Depositen k a s t e n i r g e n d einem Dritten anvertraut zu haben, und sich bestrebt, * die

Behauptung des einzigen Zeugen, welcher versichert, daß dies ein- oder zweimal geschehen sey, aus den Nebenumständen als falsch darzustellen, und da überdies, so viel besonders das Antunetzischen Depositum anlangt, er dessen Ersatz sogleich aus der Caution seines Amts-Vorfahren genommen hat, ohne irgend einen der landgerichtlichen Subalternen wegen dieses Defects, auch nur als verdächtig zu betrachten (S. 54. oben), so fällt jene Anzeige um so mehr hinweg, je weniger der Hofrath Schubert unter allen den Wahrscheinlichkeits-Gründen, weshalb er nach entdecktem Einbruche in den Depositenkasten den Landgerichts-Diener Schneider dieses Verbrechens als verdächtig darstellte, * nur im mindesten des Umstandes gedacht hat, daß dieser Schneider die Schlüssel zu dem Depositenzimmer bisweilen anvertraut erhalten habe. Denn es ist hiernach, so wenig in besonderer Rücksicht auf den Defect an dem Antunetzischen Deposito, als in Rücksicht aller in diesen Acten dem Hofrath Schubert beigemessener Verbrechen überhaupt, möglich anzunehmen, er habe bei dem Anvertrauen der Schlüssel an Dritte, die Absicht gehabt, den Verdacht der Unterschlagung auf mehrere Personen zu wälzen, und eben dadurch solchen gewissermaßen von sich zu entfernen. Auch würde mit der entgegengesetzten Hypothese, weder die supponirte (alsdann aber überflüssige) Unternehmung des doch sehr gefährlichen Scheineinbruchs, noch auch

der jetzt erwiesene, wirkliche Einbruch, füglich vereinigt werden können.

§. 43.

Der Unwerth dieser Anzeige ergiebt sich solchem allen zufolge, ohne erst zu erwägen, daß die allein bedenkliche Thatsache, das Anvertrauen der Depositenkastenschlüssel, nicht einmal an sich, vollständig [35]) erwiesen ist, weil nur ein nicht ganz unglaubwürdiger Zeuge dieselbe behauptet, und ohne daran zu erinnern, daß auch dieser, so wie der Denunciant versichert, es sey mehr nicht, als ein, oder zwei Male geschehen. * Auch fällt es zu sehr in die Augen, daß sobald man nicht die Absicht, dritte Personen gleichfalls verdächtig zu machen, dem Anvertrauen der Schlüssel zum Grunde legen kann, kein Grund der Wahrscheinlichkeit übrig bleiben, weshalb man aus einem lediglich culposen Anvertrauen derselben, den bösen Vorsatz des Inculpaten (welcher zu Verübung einer Unterschlagung erfordert wird) folgern könnte. Schon als Schluß von ganz heterogenen Dingen auf einander, würde dieser nicht zu rechtfertigen seyn.

§. 44.

Als Vorbereitung zu Ausführung des Verbrechens einer Depositenunterschlagung kann man endlich δ) die vom Hofrathe Schubert während seiner Dienstzeit un-

35) Art. 23. 30. u. 67. der P. G. O.

terlassene Veränderung der Schlösser an den Depositenbehältnissen so wenig betrachten, als das bei dem Abgange seines anfänglichen Condepositarii von ihm nicht geschehene Erbitten eines neuen Schlüsselmitbewahrers. Denn diese beiden Unterlassungs-Handlungen enthalten überall keine Verletzung seiner Pflichten, welche sich offenbar nicht so weit erstreckten, folglich ergiebt sich aus ihnen nicht einmal eine Culpa, noch weniger aber eine verbrecherische Absicht des Angeschuldigten. Was ausserdem aber, insbesondere die Schlüsselveränderung anlangt, so wäre es allenfalls die Sache des Landgerichts-Präsidii, welches die Einweisung des Hofraths Schubert in die Depositenverwaltung besorgte, gewesen, solche zu veranlassen, dem Hofrath Schubert hingegen kann man es mit einigem Scheine Rechtens nicht zur Pflicht machen, daß er, ungeachtet des unschadhaften Zustandes der Schlösser, auf deren Abänderung hätte antragen sollen, — weil es möglich gewesen wäre, daß bei seinem Amts-Vorfahren, davon ein Abdruck von irgend jemanden genommen wäre. — Diese Möglichkeit war auch bei neuen Schlössern nicht zu vermeiden. Sehr natürlich unterließ daher, sowohl der jetzige Inculpat, als auch sein damahliger Mitdepositar, auf Anwendung so unnöthigen Aufwandes anzutragen, wenn man auch übersehen wollte, daß die Depositenkasten nicht einmal ein Eigenthum des Landgerichts waren. In Ansehung des unterlassenen Antrags, bei dem dem Landgerichte nicht unbekannt gebliebenen, Ab-

gange des ersten Mitdepositarii einen neuen ihm zuzuordnen, befreiet den Inculpaten von jedem Verdachte einer absichtlichen Vermeidung dieser Controlle noch besonders, theils daß er den Abgang des Hofraths Lohr nicht veranlaßt hat, theils auch das Beispiel aller seiner Amts-Vorfahren, welche dergleichen Controllen nicht gehabt haben,* und seine freimüthige Rüge dieses Fehlers der Administration, in seinen dem Fürst-Bischoffe selbst durch das Landgericht vorgelegten Verbesserungs-Vorschlägen.* Endlich kommt die Kenntniß des Fürsten* von der durch das Präsidium dem Inculpaten allein übertragenen Depositenverwaltung, ihm allerdings zu statten, da dessen Stillschweigen dazu, eine Genehmigung glaublich machte. Wer unter diesen Umständen eine verbrecherische Absicht (ohne welche doch auch keine Vorbereitungsanstalten gedacht werden könnten) aus dem Umstande folgern wollte, daß der Hofrath Schubert sich dieses ehrenvolle Zutrauen nicht verbeten habe, der würde nicht allein Wahrscheinlichkeiten ohne allen Grund, sondern sogar wider die triftigsten Argumente für das Gegentheil annehmen.

§. 45.

Umständlich, wären somit alle antecedirende gemeinschaftlichen (s. S. 56. oben) Indicien einer vom Inculpaten an dem Antunetzischen Deposito verübten Unterschlagung geprüft, und solche sämmtlich ungegründet befunden. Kürzer werden wir nun B)

die begleitenden Indicien einer solchen Unterschlagung erörtern können. Denn zu diesen Anzeigen, können in Beziehung auf den Defect an dem Antunetzischen Deposito, nur die Vorwürfe gerechnet werden, welche 1) wegen der bei dem Hofrathe Schubert eingetretenen vorzüglich guten Gelegenheit eine solche Unterschlagung zu begehen, und 2) wegen einer angeblich verdächtigen Gegenwart am Orte des begangenen Verbrechens, ihm in den Acten gemacht sind. Die letztere Behauptung, ist aber als Thatsache überhaupt genommen, nicht nur nicht erwiesen, sondern sogar im Gegentheile, geradezu * widerlegt; sie kann aber auch möglicherweise in specieller Beziehung auf das Antunetzische Depositum deshalb überall nicht als Anzeige aufgestellt werden, weil bis jetzt nicht ausgemacht ist, noch künftig ausgemacht werden kann, an welchem Orte der das genannte Depositum betreffende Abgang entstanden sey, indem alle die Personen, welche der Hofrath Schubert zum Beweise angeführt hat, daß sich solcher Defect sogleich bei Herausnahme des genannten Depositi aus dem landgerichtlichen Depositenkasten und Zimmer ergeben habe, sich des sofort geschehenen Nachzählens, überall nicht erinneren, * mithin auch unerweislich ist, daß dieser Defect auf dem kaiserlichen Landgerichte bereits vorhanden gewesen sey, und eben daher ein ungewöhnlicher Aufenthalt des Hofraths Schubert auf dem Landgerichte, wäre solcher

auch wirklich erwiesen, für diesen Defect doch unerheblich seyn würde.

§. 46.

Zu leugnen ist es hingegen, was den ersten Umstand anlangt, nicht, daß der Hofrath Schubert die beste Gelegenheit gehabt habe, Deposita zu unterschlagen, da er dieselbe aufbewahrte. Allein, weil gerade in deren Aufbewahrung seine Amts-Verrichtung bestand, mithin die Gelegenheit, welche er zu Begehung jenes Delicts hatte, keine absichtlich gesuchte, ungewöhnliche war; so enthält die hierauf gebaute Anzeige, weiter gar nichts, als ein Argument a posse, ad esse, dessen völlige Unstatthaftigkeit schon an und für sich keiner umständlichen Deduction bedarf (S. 66. oben) und welchem obendrein die entgegengesetzten Wahrscheinlichkeits Gründen, welche bei öffentlichen Beamten aus den besonderen Motiven zu Erfüllung ihrer Amts-Pflichten hervorgehen, und auf welche die Gesetze [36]) ausdrücklich eine eigene Rechts-Vermuthung gebaut haben, so lange entgegen stehen, als nicht [37]) aus andern Ursachen ein einzelner Staats-Diener bereits für sehr verdächtig gehalten werden kann.

36) *C 23. X. de electione. C. 6. X. de renunciar. C. 16. X. de sentent. et re jud.*

37) s. Feuerbach's Rechtsgutachten in dieser Sache. S. 205. — 208.

§. 47.

Zwar hat man in den Acten versucht, dieser Möglichkeit das Verbrechen zu begehen, mehr noch den Anschein zu geben, als habe der Hofrath Schubert durch einen auffallenden Besitz der Schlüssel zu den landgerichtlichen Zugangs-Thüren, sich dieselbe erst zu verschaffen * gewußt, und dieses für desto wahrscheinlicher gehalten, je bedenklicher der Widerspruch seiner gerichtlichen Aussagen, über seine Kenntniß von dem Daseyn dieses Schlüsselduplicats, * zu seyn scheint. Erwägt man aber, daß dies Schlüsselduplicat während der Administration des Inculpaten nicht zuerst in dessen Expeditions-Zimmer gekommen ist, sondern gerade die nämliche Verwahrungs-Art des gedachten Schlüsselduplicats, bereits bei des Inculpaten Amts-Vorfahren, dem Hofrath Platti, statt gefunden hat, * und daß sogar der Hofrath Schubert es ohne Widerspruch zugegeben, wie bereits ein Jahr vor erfolgtem Einbruche die Landgerichts-Diener eigenmächtig eine andere Art dasselbe auf dem Landgericht zu bewahren einführten, * wiewohl ihm hierdurch die Ausführung der ihm beigemessenen Absicht, Deposita zu unterschlagen, bedeutend erschwert worden seyn würde; so ergiebt sich hierdurch theils, wie unwahr es ist, daß er irgend etwas unternommen habe, um jenes Duplicat der Zugangs-Thürschlüssel in seine Gewalt zu bekommen, da vielmehr er bei dessen Bewahrung nur die observanzmäßigen Amts-Verrichtungen seines Antecessoris

in Officio fortgesetzt hat; theils widerlegt sich auch besonders aus der zuletzt gedachten Thatsache, jede Wahrscheinlichkeit, daß er irgend ein Interesse bei dem Besitze dieses Duplicats gehabt habe, indem er denselben ausserdem, nicht so leicht sich würde haben entziehen lassen, während es ihm wegen der bisherigen Observanz leicht gewesen wäre, es zu bewirken, daß die Schlüssel an ihrer bisherigen Stelle hätten hängen bleiben müssen.

§. 48.

Der anscheinende Widerspruch in seinen Aussagen aber, ist in der That kein solcher. Denn der Hofrath Schubert konnte sehr füglich nach entdecktem Depositendiebstahle das Daseyn des Schlüsselduplicats anführen,* ohne daß hieraus folgt, er seye auch bereits vor Verübung jenes Diebstahls von dessen Existenz (besonders aus eigener Ansicht) unterrichtet gewesen. Nur von diesem letzten Umstande aber kann, nach der Fassung der Fragen 107 und 108,* seine darauf gegebene nicht völlig bestimmt gefaßte Antwort verstanden werden. Auf jedem Fall aber hat die Erklärung des Inculpaten,* welcher auch die Aussage des Registrators Seyfert* keineswegs entgegensteht, diesen Widerspruch, wenn ein solcher übrig bliebe, genügend entschuldigt. Dazu kommt, daß der Inculpat die Wohnung seines Amts-Vorfahren wieder bezogen, und dasselbe Expeditions-Zimmer beibehalten hat, es auch damals eben Winterszeit* war,

wo das Duplicat in den Händen der Landgerichts-Diener sich befand, * mithin es nicht unwahrscheinlich ist, daß Inculpat jenes Schlüsselduplicat früher wirklich nicht gekannt habe, und wenigstens ist die Behauptung des Gegentheils, * bis jetzt noch durchaus unerwiesen. *

Zur gänzlichen Elidirung dieses von der bloßen Gelegenheit, das Verbrechen begehen zu können, hergeleiteten Indicii brauchen wir daher nicht erst noch auf den actenmäßigen Thatumstand aufmerksam zu machen, daß auch der Registrator Seyfert, seiner eignen Angabe nach, die Schlüssel zu der Depositenkiste ein oder zwei Mal, allein will anvertraut erhalten haben, (S. 9. oben) daß folglich, wenn dieses wahr ist, auch bei diesem, sich eine Gelegenheit, eine Möglichkeit das Verbrechen zu begehen gefunden, und er, als auf das Depositenwesen nicht besonders verpflichtet, so viele Beweggründe dagegen nicht einmal gehabt habe wie Inculpat; daß endlich auch sein Vorgeben, damals nicht ohne Begleitung vor der Kiste gewesen zu seyn, theils die Möglichkeit einer Unterschlagung nicht aufhebt, theils auch noch unerwiesen ist. Wollte man aber aus bloßer Möglichkeit, einen wirklichen Verdacht herleiten, so müßte man doch vor allen Dingen, die andern, eben sowohl begründeten Möglichkeiten auch in Erwägung ziehen [38].

38) s. Feuerbach's Rechtsgutachten in dieser Sache. S. 380. — 397.

§. 29.

So wie die antecedirenden gemeinschaftlichen Anzeigen, so sind demnach auch die begleitenden, in Beziehung auf den Defect an dem Antunetzischen Deposito, ohne allen rechtlichen Werth gefunden, es frägt sich daher nur noch C) giebt es in vorliegendem Falle erheblichere subsequente Indicien? Erwägt man, daß das mehrgenannte Antunetzische Depositum bereits am 2. Juli 1791 vollständig ausbezahlt, und von dem Hofrath Schubert in dem damals aufgenommenen Protocolle * dieser Defect seinem verstorbenen Amts-Vorfahren, dem Hofrath Platti, einzig zur Last gelegt, und aus der von dessen Erben geleisteten Caution sofort getilgt ist; so kann bei diesem Defect, weder die angeblich eigenmächtige Kündigung eines Theils der an die Kammer ausgeliehenen Depositengelder, welche am Ende des Jahres 1790 geschehen und deren Betrag, laut der Acten, zu Auszahlung eines ganz andern Postens, bereits den 13. Januar 1791 völlig verwendet worden ist, * noch auch der Umstand, als subsequentes Indicium betrachtet werden, daß der Hofrath Schubert den (wie es nunmehr nicht unglaublich ist, ebenfalls schuldlosen) Landgerichts-Diener Schneider des Einbruchs in die Depositenkammer und Kiste, welcher sich nachher zwischen den 31. August und 10. September 1791 ereignete, für verdächtig gehalten, und als solchen angezeigt hat. Denn jene Kündigung, steht mit dem Antunetzischen

Deposito, und dessen Defect in gar keiner Verbindung, da das durch dieselbe erlangte baare Geld sämmtlich, zwei Monate früher ausbezahlt ist, ehe das Requisitions-Schreiben wegen Aushändigung des Antunetzischen Depositi einlief. * Die Anschuldigung des Landgerichts-Dieners Schneider hingegen, hängt, wenigstens ihrem Gegenstande nach, genauer mit jenem Einbruche als mit dem Defect am Antunetzischen Deposito, besonders auch deshalb zusammen, weil zu der Zeit, wo sie angebracht ist, das Antunetzische Depositum als ganz berichtigt betrachtet wurde, und der Inculpat gar nicht mehr erwarten konnte, wegen des bereits getilgten Defects an solchem Deposito, noch zur Verantwortung gezogen zu werden. Dazu kommt endlich noch, daß in des Hofraths Schubert eigener Deduction in obenerwähntem Protocolle, dem Landgerichts-Diener Schneider nichts zur Last gelegt ist, sondern vielmehr die Plattischen Erben wegen dieses Defects verantwortlich erklärt sind. Es wird daher angemessener seyn, diese beiden vermeintlichen Verdachts-Gründe bei einer von den andern Depositenunterschlagungen, welche dem Hofrath Schubert gleichfalls haben zur Last gelegt werden wollen, zu prüfen, wo sich dann auch deren Richtigkeit ergeben wird (§. 65. u. 108. unten).

§. 50.

Eben so wenig kann endlich der Verdachts-Grund einer geschehenen Depositenunterschlagung, welchen man

aus der verzögerten Amts-Niederlegung des Hofraths Schubert gegen ihn hat herleiten wollen, hier, bei dem Defect an dem Antunetzischen Deposito von Erheblichkeit seyn. Denn dieser einzelne Defect, konnte den Hofrath Schubert nicht abhalten, sein Amt früher niederzulegen, weil er ohnehin, nicht etwa insgeheim, sondern ganz öffentlich (S. 54. f. oben) und in einem umständlichen Protocolle dem Hofrath Platti diesen Abgang zur Last gelegt hat, welches er aus eben denselben Gründen und mit gleichem Erfolge, auch bereits mehrere Monate früher hätte thun können, indem diejenige Caution der Plattischen Erben, aus welcher der oftgedachte Defect getilgt ist, an die Hofkammer ausgeliehen *) war, mithin wenigstens durch Kündigung derselben, zu jeder Zeit die Mittel zu Tilgung dieses Defects vorhanden waren, welche nachher wirklich dazu angewendet sind. Soll demnach die verzögerte Amts-Niederlegung ein auch nur scheinbares Indicium seyn, so kann man nur bei den übrigen Defecten davon reden, deren Tilgung nicht so leicht zu jeder Zeit möglich war, und weshalb eine Verlegenheit des Inculpaten als mögliche Ursache dieser Zögerung gedacht werden könnte. Unten (§. 70 ff.) wird daher auch hievon noch weiter die Frage seyn.

§. 51.

In Rücksicht des Defects an dem Antunetzischen Deposito können wir aber jetzt das Resultat ziehen:

Daß gegen den Hofrath Schubert, kein gegründeter Verdacht einer daran verübten Unterschlagung, aus den Acten weiter hervorgehe.

Da dieses nun genügt, um die Unzulässigkeit jedes peinlichen Verfahrens oder Erkenntnisses, wider den jetzigen Inculpaten darzuthun; so würde hier die Erörterung überflüssig seyn, ob bei dem vielfachen Aus- und Einzählen von deponirten Geldern aus, und in die Depositenkiste, dieser einzelne Defect, nicht vermittelst einer zufälligen Verwechselung habe entstehen können? Ob mithin, das weitere Erforderniß einer jeden Unterschlagung anvertrauten Gutes, der Dolus [39]), in dem vorliegenden Falle noch zur Zeit nicht auch so zweifelhaft sey, daß ebenfalls in dieser Rücksicht, ein peinlicher Proceß gegen den Hofrath Schubert bis jetzt nicht statt gehabt habe; besonders wenn man erwägt, daß wenigstens in Fällen, wo sich ein Ereigniß eben so gut [40]) aus einer Nachlässigkeit, als aus einem Dolo erklären läßt,

39) s. Dorn's Commentar des peinlichen Rechts 1 Th. §. 238.

40) Kleinschrods Grundbegriffe des peinlichen Rechts. 1 Th. §. 25. — Die von älteren und neueren Criminal-Rechtslehrern angenommene Vermuthung für den Vorsatz des Urhebers einer verbrecherischen Handlung, läßt sich wohl nur bei den Verbrechen annehmen, wobei die Handlung schon an sich das Verbrechen enthält, ohne bestimmte Wirkungen derselben vorauszusetzen, z. B. bei Gewaltthätigkeiten. Da aber wo hingegen, nur erst der Effect, das Verbrechen ausmacht, da muß die Nothwendigkeit oder Zufälligkeit dieser Folge der erwiesenen Handlung, über jene Präsumtion erst entscheiden.

überall kein genügender Grund vorhanden sey, gerade den Dolus zu präsumiren. Daher dann auf diese grundlose Präsumtion hin, eine bestimmte Person wegen eines nur dolosen Verbrechens in den peinlichen Proceß nicht verwickelt werden dürfte.

§. 52.

Wir wenden uns vielmehr jetzt, zu der Prüfung eines andern Defects, welcher sich an nicht entwendeten Depositis ergeben, und den man dem Hofrath Schubert in den Acten gleichfalls zur Last gelegt hat, nämlich II) zu dem Abgange von überhaupt 265 fl. 28$\frac{3}{8}$ kr., welcher an den zwei Depositis, dem Hofrichterschen und dem Kollerischen, sich gezeigt hat (S. 16. u. 38. oben) Beide genannte Deposita gehören zu den älteren, bereits während der Administration des Hofraths Platti deponirten Posten und befanden sich nicht in der erbrochenen, sondern in der zweiten unverletzt gefundenen Depositenkiste. Allein so viel ist actenmäßig gewiß, daß bei Ablieferung sämmtlicher Depositen, von dem Hofrathe Schubert als Hofrichtersches Depositum nur 201 fl. 16 kr. fränkisch, und nur 90 fl. 5$\frac{2}{8}$ kr. fränkisch als Kollerisches Depositum baar, inzwischen bei letzteren, auch noch eine Note über ausbezahlte 48 fl. 18$\frac{2}{4}$ kr. vorgeleget worden sind, während doch in dem Hauptbuche die Größe des ersten Depositi zu 393 fl. 2 kr., und die des letztern auf 163 fl. 48 kr. angegeben ist, gleichwie der Hofrath Schubert

auch nicht in Abrede gestellt hat, daß diese Angabe des Hauptbuchs richtig sey.* Es ist daher außer Zweifel, daß an diesen beiden Depositis respective 191 fl. 46 kr. und 73 fl. $42\frac{3}{5}$ kr., mithin überhaupt 265 fl. $28\frac{3}{5}$ kr., oder aber *wenigstens* 217 fl. $10\frac{1}{10}$ kr., selbst alsdann noch wirklich fehlen, wenn man die beigebrachte Note über ausgezahlte 48 fl. $18\frac{2}{4}$ kr. von dem Kollerischen Deposito, ihrer mangelhaften Qualität ungeachtet, für hinreichend beweisend halten wollte.

§. 53.

Zwar ist nun hierbei noch immer der Zweifel nicht ganz beseitiget, ob bei den vielen Aus- und Einzählungen der Depositengelder, und bei deren Einweisung in die Kammercapitalien, dieser Defect nicht etwa durch *ein Versehen* sich ereignet haben möge, welches um so leichter für wahrscheinlich gehalten werden kann, weil sich auch ein *Überschuß* an einem *andern* Deposito * ergeben hat: allein wir wollen selbst hierüber hinausgehen und den gedachten Defect als einen, möglicherweise nur *absichtlich* bewirkten, betrachten. Dann wird es zwar unnöthig seyn, der anfänglich, noch ausserdem gerügten Differenz zwischen dem Einweisungs-Protocolle vom 18ten October 1788 und dem im Hauptbuche befindlichen Ansatze zu gedenken, weil *dieser* Anstand durch das Verhör des Revisors Schneidt, zu vollständiger Rechtfertigung des Hofraths Schubert gehoben * und in dem speciellen Verhöre * eben deshalb mit Recht ganz übergan-

gen ist; allein darauf kommt es sodann doch noch an, welche Gründe man habe, gerade den Hofrath Schubert als den Urheber dieses Defects, von wenigstens 217 fl. 10$\frac{1}{10}$ kr. zu betrachten? — Eigenthümliche, oder specielle Verdachts-Gründe, welche bei diesen zwei Posten besonders gegen ihn sprechen könnten, finden sich in den Acten nicht; sondern auch hier hat man geglaubt, aus den vorhin (S. 56. bis 80.) bereits geprüften allgemeinen Verdachtsgründen und besonders deshalb, weil nur er die Schlüssel zu dem, äußerlich doch unbeschädigten, Depositenkasten, worin diese Gelder gelegen haben, besessen hat, ihn einer Unterschlagung dieser Summe, von höchstens 265 fl. 28$\frac{1}{5}$ kr. beschuldigen zu können.

§. 54.

Allein da der Ungrund jener allgemeinen Verdachts-Argumente bereits umständlich gezeigt worden ist, so dürfen wir hier nur noch erinnern, wie wenig stringent insbesondere, auch der von dem ausschließlichen Besitze der Schlüssel zu diesem Depositenkasten hergeleitete Verdachts-Grund nach der besondern Lage der vorliegenden Thatsachen darum sey, weil die Acten ergeben, daß 1) auch dieser Depositenkasten, ein Privateigenthum sey *, folglich es sehr wohl möglich ist, daß noch jemand anders, als der Depositarius, dazu einen Schlüssel besitze, dessen Gebrauch um so mehr möglich war, weil 2) actenkundig

behauptet ist, daß die Schlüssel zu dem Depositen=zimmer, sich sehr häufig in den Händen der Land=gerichts=Diener, des Substituten Seyfert und sogar des Bedienten* vom Hofrath Schubert, befunden ha=ben, ja da 3) sogar der Substitut Seyfert selbst ver=sichert hat, ein oder zwei Male, auch alle Schlüssel zu den Depositenkasten* allein anvertraut erhalten zu haben. Ohne daher 4) noch zu erwägen, wie leicht möglich es sey, daß ein Dritter, während der unordentlichen Administration des Hofraths Platti, ein Duplicat dieser Kastenschlüssel, welche unverän=dert beibehalten* sind, sich verschaft haben könne; gehet doch wenigstens so viel aus allen dem her=vor, daß wenn jeder Schluß von bloßer Mög=lichkeit auf die Wirklichkeit schon an sich stets sehr bedenklich und leicht trüglich ist, derselbe hier des=halb alle Kraft verlieren müsse, weil dem Inculpa=ten keineswegs allein und ausschließend die Möglich=keit diesen Defect zu bewirken zugeschrieben werden könne, sondern noch andere Möglichkeiten der Ver=übung dieses Delicts vorhanden sind; dem Hofrath Schubert aber obendrein die wichtigsten Wahrschein=lichkeits=Gründe für seine Unschuld zur Seite stehen.

§. 55.

Denn a) derselbe hatte nicht nur die wichtigsten Motive, einen auf jeden Fall so unbedeutenden Defect nicht bekannt werden zu lassen, sondern auch eine mit gar keinen Schwierigkeiten verbundene Gele=

genheit, denselben zu verbergen: demungeachtet aber, ließ er diesen Defect bei Revision seiner Casse die Untersuchungs-Commission gewahr werden. Man kann daher mit Wahrscheinlichkeit nicht annehmen, daß ihm dieser Defect bekannt gewesen sey. — Es war nämlich in die Augen fallend, daß die Entdeckung desselben, besonders zu einer Zeit, wo wegen des zu Untersuchung gekommenen Einbruchs in die Depositenkammer und Kiste die ganze Aufmerksamkeit des Gerichts auf die Depositenverwaltung bereits gerichtet war, bedenklich sey, und dem Hofrathe Schubert, **wenn er sich einer Unterschlagung an Depositengeldern bewußt gewesen wäre**, alles daran hätte liegen müssen, jeden Anlaß zu einem Verdachte gegen sich zu verhüten. Dieses hätte ihm um so weniger entgehen können, weil er selbst, den Acten nach, bereits Gründe angegeben hatte, warum er glaube, daß der vorhin gedachte Einbruch **nur zum Scheine** von jemanden, welcher die Schlüssel gehabt habe, gemacht sey. * Je weniger es nun erweislich war, daß **ausser ihm** irgend jemand die Thür- und Kistenschlüssel besitze, desto wichtiger ward es mithin für ihn, alles zu vermeiden, was auch nur einigen Schein gegen ihn hätte erregen können, und dahin gehörte doch sicher ein Defect in der **unerbrochenen** Kiste! Auch konnte eine so geringe Summe, von nicht vollen 300 fl. einen Mann nicht in Verlegenheit setzen, welcher selbst ein Vermögen von mehr als 20,000 fl. und darunter viele Kostbarkeiten besaß (S. 58. oben);

der überdies damahls, wie die Untersuchung angieng, bereits seit einem Jahre eine sehr angesehene, und sehr einträgliche Bedienung bekleidete. Es ist daher ungedenkbar, daß er nicht leicht im Stande gewesen seyn sollte, diese geringe Summe wieder herbei zu schaffen; sie aber, auch unbemerkt wieder in die Depositenkiste zu legen, konnte deshalb überall keine Schwierigkeiten für ihn haben, weil er vom Tage des entdeckten Einbruchs an, noch über zwei Monate lang die Schlüssel zu dieser unbeschädigten Kiste ganz allein führte, und aus derselben sehr häufig Auszahlungen zu verrichten oder in dieselbe etwas zu legen * hatte, und erst am Ende Novembers 1791 ihm der Zutritt zu der Kiste versagt wurde.

§. 56.

Zwar scheint man hiergegen, eine Vergessenheit des Inculpaten als Erklärungsmittel der unterlassenen Ergänzung anführen zu können; allein dies scheint auch nur so. Denn die am 15. October 1791 bereits einmal angestellte und, wie jetzt von der Untersuchungs-Commission behauptet wird, nur nach den Aufschriften angestellte Revision * der älteren Depositen, (zu welchen namentlich auch die hier in Frage stehenden gehören), hätte zum wenigsten den Erfolg haben müssen, den Hofrath Schubert, wenn er sich eines Vergehens der Art schuldig gewußt, daran zu erinnern, da jedes Päckchen damahls seiner Aufschrift nach, wie die Untersuchungs-Com-

mission selbst angiebt,* nachgesehen worden ist, mithin bei Ansicht des Hofrichterschen und Kollerischen Depositi, ihn das böse Gewissen alsdann unfehlbar würde gedrückt haben, besonders wenn man ihm, wie in den Acten geschehen ist, den sehr fein ausgedachten und seit mehreren Jahren angelegten Plan, eine große Zahl von Depositengeldern zu unterschlagen, und zum Scheine dann einen Einbruch in die Depositenbehältnisse vorzuspiegeln, beimessen will. Ein Mann der mit solcher planmäßigen Bosheit zu Werke gehen konnte, würde sicher wenigstens bei einer solchen Veranlassung an diesem Defect erinnert worden seyn, und nun nicht gesäumt haben, die gute Gelegenheit, welche er vom 15. October bis zum 28. November 1791 noch immer in seiner Gewalt hatte, dazu zu benutzen, ein früheres Vergessen wieder gut zu machen, und dadurch zu verhüten, daß sein Plan nicht noch am Ende der Ausführung zerstört und er selbst nicht um seine bürgerliche Existenz gebracht werde, um die es doch bei entdecktem Plane zu thun war.

Man kann daher mit vollem Rechte, die offene Entdeckung dieses Defects, unter den vorliegenden Umständen des einzelnen Falles eher für einen Wahrscheinlichkeits-Grund der Unschuld des Inculpaten halten, und sie giebt in der That ein Gegenindicium wider die aus dem Besitze der Schlüssel hergeleitete Vermuthung, ab.

§. 57.

Kaum ist es daher nothwendig, bei der Schwäche der Indicien einer vom Inculpaten an diesen zwei Depositenposten verübten Unterschlagung, das andere Argument noch genauer zu erörtern, welches derselbe zum Beweise seiner Unschuld angeführt hat. Dies besteht nämlich b) darin, daß der Defect an den genannten zwei Depositis, erst nach dem 15. October 1791 entstanden sey, mithin gegen ihn deshalb kein Verdacht dieser Unterschlagung eintreten könne, weil schon vor dieser Zeit und nachher stets, bis zu gänzlicher Ablieferung des ganzen Depositenwesens von Seiten des Inculpaten, der Depositenkasten in der speciellen Bewahrung des Regierungs-Dieners Hendinger sich befunden hat, und Inculpat während dieser Zeit nie allein vor diesen Kasten gegangen ist (welches man in den Acten nicht bezweifelt * hat); überdies aber auch es ungedenkbar wäre, daß ein Depositarius, besonders von dem Vermögen und dem Ansehen des Inculpaten, es sollte gewagt haben, noch zu einer solchen Zeit wo, wie ihm bekannt, die Untersuchung des Depositenwesens unvermeidlich und die Niederlegung seines Amts so nahe war, eine so geringfügige Unterschlagung zu begehen, weshalb doch immer er, zuerst in Anspruch genommen werden mußte. — Allerdings wird das Factische dieses Vertheidigungs-Grundes, dessen rechtlicher Werth zu Begründung einer Gegenanzeige unverkennbar ist, durch den Inhalt des am 15. October 1791 aufge-

nommenen Protocolls * ausserordentlich wahrscheinlich gemacht, da es daselbst heißt: „daß Tagfahrt zur „Umstürtzung der landgerichtlichen Depositions-„Truhe anberaumt — und nachdem die älteren von „dem Hofrath Platti herrührenden Deposita — sich „sämmtlich in Richtigkeit befunden, der Rest „der neueren Depositen aber wegen Abgangs der „Zeit nicht umgestürtzt und sofort noch auszusetzen, „als wurde dieses anher einstweilen registrirt ꝛc.;" nun aber es kaum gedenkbar ist, daß die Zeit einer dazu allein besonders bestimmten Session, durch die bloß nach den Aufschriften der Packete geschehene Revision von höchstens 38 Päckchen * Depositengelder schon sollte absorbirt und man gezwungen gewesen seyn, aus Mangel an Zeit die Revision der übrigen Packetaufschriften bis zu einer neuen Session zu verschieben. Die Behauptung des Hofraths Schubert, daß alle älteren Deposita, welche damahls in der Kiste gelegen haben, einzeln nachgezählt seyen, gewinnt hierdurch um so mehr an Glaubwürdigkeit, weil auch der bei dieser Verhandlung gegenwärtig gewesene Registrator Seyfert, das damahls geschehene Nachzählen wenigstens einiger von diesen Depositen behauptet und in Hinsicht der übrigen, solche nicht sowohl leugnet, als nur, wegen Länge der Zeit, sich nicht bestimmt erinnern zu können versichert, wie man damahls zu Werke gegangen sey * Ja sogar der damahlige Regierungs-Commissarius, Hofrath Lautern, hat sich nicht getraut, es bestimmt

zu läugnen, * daß damahls ein wirkliches Nachzählen geschehen sey, und die (freilich unverantwortliche) Unbestimmtheit der Abfassung jenes Protocolls, klärt zwar die Frage nicht genügend auf, ob einzelne Posten nachgezählt seyen, allein thut doch eben so wenig das Gegentheil davon dar. Vielmehr wird durch das allgemeine und uneingeschränkt ertheilte Zeugniß der Richtigkeit der älteren Depositen, die Auslegung gegen die untersuchende Commission dahin begründet, daß sie solche Deposita, in der wichtigsten Rücksicht wenigstens, für richtig anerkannt habe [41]), welches ohne Zweifel der Inhalt der Packete war. Ja diese Wahrscheinlichkeit der Behauptung des Hofraths Schubert wird endlich auch durch die während der Untersuchung noch (§. 13 oben) producirte Anlage * sehr erhöhet, da der damahlige Regierungs-Commissarius seine auf dieser Anlage befindliche Handschrift abzuläugnen nicht vermocht, und das Anführen des Hofraths Schubert, womit derselbe den Besitz dieses Originalactenstückes gerechtfertigt hat, nicht in Abrede gestellt hat, * auch alle vom Inhalte und sonst hergeleirete Zweifel gegen die Identität dieses und des im Protocolle * allegirten Aufsatzes, völlig gehoben werden, wenn man den so natürlichen Hergang der Sache (welcher durch triftige Gründe in der Antwort des Hofraths Schubert * als der wahre angegeben ist)

41) Thibaut's System des Pandect. Rechts. (*edit.* 2.) §. 58. *Hofacker princip. jur. Civil. Rom. Germ.* §. 226.

zum Grunde legt, und höchstens dahin modificirt, daß man eine von dem älteren Einweisungs-Protocolle * genommene Abschrift, zur Abkürzung der Revision, bei dieser zur Hand genommenen, dabei die nachgesehenen Posten angestrichen, und die seit jener Zeit eingetretenen Veränderungen darauf bemerkt, im Ganzen aber die Absicht gehabt habe, nach diesem berichtigten Aufsatze alsdann die Beilage, wovon das Protocoll * selbst redet, nachher zu verfertigen, welches aber unterblieben ist. — Inzwischen bedarf es keiner genaueren Erörterung dieses Vertheidigungs-Grundes und aller der deshalb * erregten Zweifel, weil schon vorhin gezeigt worden ist, daß kein hinreichender Verdacht gegen den Hofrath Schubert, als Urheber des Defects an dem Kollerischen und Hofrichterschen Deposito, in den Acten enthalten sey, und man deshalb schon allein ihn in ein peinliches Verfahren zu verwickeln keinen Rechts-Grund habe, sollten auch die eigentlichen Argumente für seine Unschuld nicht so überwiegend seyn, wie sie es doch in der That sind.

§. 58.

Man kann hiergegen auch nicht einwenden, daß noch als ein besonderer Verdachts-Grund bei diesem Defect die verzögerte Niederlegung seines Amtes hinzukomme, denn da der Hofrath Schubert nicht ohne bestende Wahrscheinlichkeit, wie so eben bemerkt worden ist (S. 89. ff.), behauptet, daß der Defect an diesen zwei Depositis, erst seit dem 15. October 1791 sich

ereignet habe; so kann die bereits vom Monate September 1790 an, eingetretene * Zögerung der Amts-Niederlegung, daraus nicht hergeleitet werden. Wollte man aber auch, selbst ohne allen Beweis, annehmen, daß der Defect an diesen zwei Depositis bereits früher vorhanden gewesen sey, so würde es widersprechend seyn, dem Inculpaten ein so kräftiges Bewußtseyn dieser Unterschlagung zuzuschreiben, daß er deshalb über ein Jahr lang gezögert habe sein Amt niederzulegen, und ihm doch nicht Besinnung genug zuzutrauen, einen so kleinen Defect während der zwei Monate zu ersetzen, welche noch nach entdeckter Erbrechung der Depositenbehältnisse verflossen sind (S. 87. oben), ehe ihm der freie Zutritt zu dem unbeschädigten Depositenkasten, worin auch das Hofrichtersche und Kollerische Depositum lagen, untersagt wurde. Scheinbarer wird daher, die verzögerte Amts-Niederlegung, so wie die Anschuldigung des Landgerichts-Dieners Schneider, unter die Anzeigen anderer Defecte gezählt, und so von uns geprüft werden, indem namentlich die eben gedachte Anschuldigung an und für sich keinen neuen Verdacht der eignen Begehung des Verbrechens wider den Hofrath Schubert begründet, wohl aber einen schon vorhandenen unterstützen würde. Überdies war, unter den anfänglichen Beschuldigungs-Punkten, welche der Hofrath Schubert wider den erwähnten Schneider deducirt hat, des Defects an dem Kollerschen und Hofrichterschen Deposito nicht mit einem Worte gedacht; die bei

späterer Entdeckung dieses Defects, von dem Inculpaten aber entwickelte Wahrscheinlichkeit, daß eben derselbe Schneider, welcher immittelst bereits in der Hauptsache von der Instanz 'absolvirt worden war, auch diesen Defect während seines Arrestes bewirkt haben möge, * kann dann nur als eine consequente Fortsetzung der ersten Anschuldigung betrachtet werden und muß daher, in ihren rechtlichen Folgen, nach der Beurtheilung dieser sich richten, wovon unter (§. 83. ff.) die Frage seyn wird.

§. 59.

Wir gehen daher mit dem Resultate:

daß der Hofrath Schubert, den Acten nach, einer an den Hofrichterschen und Kollerschen Depositengeldern verübten Unterschlagung auch nicht als verdächtig, betrachtet werden könne,

III) zu dem letzten Vorwurfe einer begangenen Unterschlagung deponirter Gelder über, welcher noch in Rücksicht anderer, ausser den bisher genannten Posten, ihm in den Acten gemacht worden ist (§ 26. oben). Rechnen wir davon diejenigen Depositengelder ab, deren Abgang durch den Einbruch in die landgerichtlichen Depositenbehältnisse gerechtfertigt werden soll, indem von diesen weiter unten in einem eignen Abschnitte, genauer noch die Rede seyn wird, so ergeben die Acten α) daß die Gewißheit eines Defects an solchen, bei Gelegenheit jenes Einbruchs, als mit-

entwendet nicht angegebenen Depositengeldern, noch durchaus mangele. Denn alle übrigen Erinnerungen, welche gegen einzelne Posten seiner Depositenverwaltung, ausser den bisher genannten drei, gemacht worden sind, hat der Hofrath Schubert entweder auf eine genügende Art erläutert, und gehoben, oder solche Defecte gehören wie z. B. der an dem Lauischen, so wie am Broilischen Deposito zu denen, welche vermittelst des Einbruchs in die Depositenbehältnisse bewirkt seyn sollten, * so daß es unbegreiflich ist, wie die Juristenfacultät zu Landshut, in ihren Entscheidungs-Gründen, * als ausgemacht hat annehmen können:

„II) daß schon lange vor entdeckter Entwendung „ein großer Abgang an den Depositen vorhan„den war,“

indem die einzigen erwiesenen Defecte dieser früheren Zeit, nämlich die Defecte an den Antunetzischen, Hofrichterischen und Kollerschen Depositis, überhaupt und höchstens, nur die vereinte Summe von 504 fl. 11 kr. betragen, welche doch bei einer Depositenverwaltung, die zu gleicher Zeit einst 21592 fl. baar vorräthig * hatte, die auch nach einer erlittenen Entwendung von mehr als 7000 fl., * noch 9594 fl. baar abliefert, * daneben auch noch ungefähr 60/m fl. an Depositis zinsbar ausgeliehen hatte, * wahrlich den Namen eines großen Abgangs, überall nicht verdient, und am wenigsten in

Rücksicht eines Mannes, der über 19/m fl. eignes Vermögen besaß,* und sehr angesehene Ehrenstellen bekleidete, mit dieser Benennung bezeichnet werden kann.

§. 60.

Zwar hat man eine Wahrscheinlichkeit, daß noch ein größerer Defect bereits vor verübtem Einbruche in die Depositenbehältnisse, vorhanden gewesen seyn müsse, daraus herleiten zu können geglaubt, daß 1) der Hofrath Schubert zu der Zeit, wo (wie vorhin gedacht) 21592 fl. baar im Deposito vorräthig seyn mußten, dennoch ein Kammercapital von 4800 fl. eigenmächtig in der Absicht aufgekündigt hat, um ein Depositum von 7945 fl. 36½ kr. auszuzahlen; ungeachtet doch das Kaiserliche Landgericht stets diese Capitalien, wenn nicht zu vermehren, dann doch zu conserviren gesucht habe, und wenigstens ein solcher Schritt diesem Gericht hätte angezeigt werden * müssen. Daneben aber hat man auch 2) jene Probabilität darauf gestützt, daß der Hofrath Schubert über ein ganzes Jahr lang gezögert habe, die Depositenverwaltung niederzulegen, wiewohl ihm bereits ein Nachfolger ernannt gewesen und er nur Last, aber keinen erlaubten Vortheil von dieser Verwaltung gehabt haben könne. * — Allein auch diese Verdachts-Gründe, welche zur Einleitung eines peinlichen Verfahrens, allerdings die Veranlassung geben konnten, da keine Gewißheit, sondern nur eine Wahrscheinlichkeit, daß ein bestimmtes Delict verübt sey, zur Eröffnung

des peinlichen Processes erfordert wird [42], sind gegenwärtig dergestalt widerlegt, und erläutert, daß sogar nicht einmal einige Wahrscheinlichkeit von einem vor dem Einbruche in die Depositenbehältnisse bereits vorhanden gewesenen Defecte an andern Depositis, ausser dem Antunetzischen, Hofrichterschen und Kollerschen, übrig geblieben ist, sondern die Gründe wider die Existenz eines solchen Defects, denen welche dafür vorhanden sind, wenigstens das Gleichgewicht halten, mithin es zum mindesten zweifelhaft ist, ob ein solcher Abgang an Depositengeldern jemals existirt habe?

§. 61.

Dies ergiebt sich, wenn man ad 1) wegen Kündigung jenes Kammercapitals, erwägt a) daß es zuförderst der allgemeinen rechtlichen Natur aller gerichtlichen Depositen zuwiderläuft, das deponirte Geld ohne Zuziehung des Deponenten, wenn gleich zu dessen eigenem Besten auszuleihen [43]; daß dieser Grundsatz, auch insbesondere von den Würzburgischen Landesgesetzen * indirect wenigstens anerkannt, und es daher, als eine abweichende, eigen=

42) *Ferd. August* Hommel *D. an et quatenus certitudo. Corp. del. in processu crim. necess. sit? Lips.* 1237. §. 4. *seqq.* Ant. Bauer's Grundsätze des Criminalprocesses. §. 91. u. E.

43) Claproth's Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandl. §. 136. *sub* 3.

thümliche Einrichtung bei dem dortigen Kaiserlichen Landgerichte, zu betrachten ist, daß dasselbe vermöge besonderer Observanz eine zinsbare Ausleihung von deponirten Geldern, vornimmt. * — Hieraus folgt dann b) offenbar, daß diese Abweichung von der Regel, keine weitere Ausdehnung gestatte, als die gedachte Observanz solche rechtfertigt [44]). Nun ergeben aber c) nicht nur die landgerichtlichen Berichte an den Fürsten, * sondern auch die Aussagen des Revisors Schneidt, * daß lediglich solche Deposita, welche noch minderjährigen Personen eigenthümlich angehörten, auf Zinsen an die Kammer ausgeliehen zu werden pflegten, wofür ohnehin auch eigenthümliche Gründe eintraten. * Um so weniger konnte man daher dem Depositarius es als eine Pflicht anrechnen, auch Deposita majorenner Eigenthümer auszuleihen, da dies sehr beschwerliche Berechnungen, ja Verwirrungen veranlaßte, und nicht besonders vergütet wurde. * — Es kommt mithin vor allen Dingen darauf an, ob unter den vorräthig gewesenen 21,592 fl. so viel entbehrliches Pupillengeld sich befunden habe, daß damit die Auszahlung der zurückzugebenden und bisher an die Kammer sämmtlich * ausgeliehenen 7945 fl hätte bestritten werden können, indem nur in diesem Falle, es einer Kündigung des Kammercapitals selbst, nicht bedurft hätte, sondern nach der Observanz des Land-

44) *L. 14. D. de legibus.*

gerichts, ein Tausch zwischen dem Inhaber der Obligation, einzuleiten gewesen wäre.

§. 62.

Hiervon findet sich aber in den Acten so wenig einiger Beweis, daß im Gegentheile der Hofrath Schubert eben so umständlich, als unwiderlegt gezeigt hat, er habe ausser den, von den vorräthigen Depositengeldern damals wirklich zu jener Auszahlung genommenen 3145 fl. 36½ kr. weiter nichts mehr verwenden können * — Denn anstatt nachzuweisen, welche von den * verzeichneten Posten Pupillengelder gewesen seyen, und daß nach der individuellen Lage jeder Vormundschaft, das vorräthige Geld derselben habe ausgeliehen werden können (von welchem allen die Acten schweigen), hat man sich begnügt, Schlußfolgerungen * aufzustellen, welche durchaus nicht bündig sind, indem theils nicht erhellet, daß die Umstände, unter welchen nachher einige dieser Posten verzinnslich ausgeliehen sind, bereits zur Auszahlungs-Zeit der in Frage stehenden 7945 fl. (dies war im Januar 1791) die nämlichen gewesen seyen, wiewohl dies geleugnet ist, * theils aber auch, weil aus der Thatsache, daß der Amts-Nachfolger des Inculpaten solche ausgeliehen hat, noch durchaus nicht gefolgert werden kann, daß diese Posten Pupillengeld seyen (auf welches doch dermahlen es allein ankommt), sondern bei jener Argumentation darauf keine Rücksicht genommen ist, daß der Amts-Nachfolger,

hier mehr gethan haben mag, als eigentlich gefordert werden konnte, worauf es gleichwohl bei dem Inculpaten allein ankommt.

§. 63.

Doch diese Gründe sind es keineswegs allein, welche der angenommenen Wahrscheinlichkeit eines damahls vorhanden gewesenen Defects entgegenstehen, sondern man wird dch noch überdies von deren Ungrunde, durch die richtige Ausführung des Geheimen Referendars Feuerbach, in seinem Gutachten, * völlig überzeugt, wenn man bedenkt, daß selbst dann, wenn man den unerwiesenen Satz supponirt, die Aufkündigung jenes Kammercapitals seye ausgemacht rechtswidrig vom Inculpaten unternommen, dennoch daraus ein Cassendefect, als Veranlassung dieser Aufkündigung, deshalb nicht als wahrscheinlich hergeleitet werden kann, weil sogar der höchste Cassendefect, welcher auch durch die gewaltsame Entwendung landgerichtlicher Depositen hervorgebracht ist, zu dem am 13. Januar 1791 vorhanden gewesenen baaren Vorrathe in dem Verhaltnisse stehet, daß selbst noch nach dessen völligem Abzuge, Geld genug übrig blieb, um die auszuzahlende 7945 fl damit zu tilgen. * — Übersiehet man nun daneben die Publicität nicht, mit welcher der Hofrath Schubert bei dieser Kündigung zu Werke gieng, indem er seine Subalternen sie nicht nur gewahr werden ließ, * sondern auch gestattete, daß die Dienstmagd des aus dem

Deposito zu befriedigenden Doctor's Pechthold, die gekündigten 4800 fl. unmittelbar bei der Hofkammer, in einer Waschbutte abholte; * so würde man alle Regeln der Wahrscheinlichkeit aus den Augen verlieren müssen, um zu glauben, daß ein Mann, wie der Inculpat, von dem in den Acten die listigst angelegten Plane supponirt sind, so unüberlegt würde gehandelt haben, einen so auffallenden Schritt dergestalt bekannt werden zu lassen, wenn er sich dabei eines so wichtigen Verbrechens bewußt gewesen wäre, auf welches, eben durch diesen Schritt, die Aufmerksamkeit der Vorgesetzten, ausserordentlich leicht hätte hingelenkt werden können, während er ohne alle Schwierigkeiten denselben Schritt, viel heimlicher zu thun im Stande war, wenn er z. B. das Capital persönlich gekündigt und das Geld nach seiner Wohnung hingeschaft hätte, wo ohnehin so viele Deposita verwahrt wurden.

§. 64.

Dieser zuletzt gedachte Wahrscheinlichkeits-Grund für die Unschuld des Inculpaten, wird insbesondere auch dazu dienen, eine Hypothese zu widerlegen welche man — gegen die Pflichten eines Criminalrichters — aufzustellen vielleicht geneigt wäre; die Hypothese nämlich, damals hätte noch mehr aus der Depositenkasse, als sich jetzt bei der Untersuchung ergeben hat, gefehlt, und es seye ein Theil des Defects nachher insgeheim wieder erstattet gewesen

Zwar würde ohnehin diese Hypothese damit nicht zu vereinigen seyn, daß in den Depositenbehältnissen, nach geschehenem Einbruche, noch 6325 fl. baar zurückgelassen * sind; denn man würde dem Hofrath Schubert bei dieser Supposition rechtswidrige Gesinnung genug zutrauen, zu Verbergung seines Defects ein solches neues Vergehen zu unternehmen, und dennoch zugleich die Rechtlichkeit von ihm annehmen, daß er zuvor einen großen Theil des Defects (welchen er unter jenem Einbruche eben so gut ganz, wie zum Theile verbergen konnte) der Casse insgeheim habe wieder erstatten wollen. Allein übersieht man dieses auch, so bliebe immer die Bedenklichkeit, daß man einen so dolos handelnden Mann nun doch der Unvorsichtigkeit fähig halten müßte, zu einer Zeit, wo er noch nichts erstattet hatte, die ungewöhnliche und deshalb auffallende Kündigung des Kammercapitals, auf eine Art und Weise vorzunehmen, wodurch dieselbe recht allgemein kündig werden mußte, so daß er eben dadurch sich einer leicht zu vermeidenden Gefahr aussetzte seinen Plan vereitelt zu sehen, und des auf keinen Fall von ihm ganz zu deckenden Defects überführt zu werden. Wäre es nicht natürlicher gewesen, dasjenige, was er (wie man alsdann supponiren würde) doch einmal der Casse erstatten wollte, und erstatten konnte, damahls schon zu erstatten, und hierdurch jedes Aufsehen zu vermeiden?

§. 65.

Doch es bedarf keiner weiteren Ausführung der Behauptung, daß aus der Kündigung jener 4800 fl. von dem Kammercapitale, keine gegründete Wahrscheinlichkeit, eines damahls vorhanden gewesenen Cassendefects, hervorgehe. Es kommt folglich ad 2) nun auf den Werth des andern, dafür oben (S. 96.) bereits bemerkten Verdachts-Grundes, auf die rechtliche Würdigung der verzögerten Amts-Niederlegung des Inculpaten noch an. Wahr ist es allerdings, daß der Hofrath Schubert noch länger, als ein ganzes Jahr hindurch, seit der Zeit, da er von der Ernennung seines Nachfolgers und von seiner eignen Beförderung zu der Stelle eines zweiten Domstifts-Syndicus unterrichtet war,* dennoch die Verwaltung des landgerichtlichen Depositenwesens fortgesetzt, und nur die Berechnung und Verwaltung der Zinsen von den Kammercapitalien, seinem Amts-Nachfolger überlassen,* ausserdem aber nicht erwiesen hat, etwas gethan zu haben, um von diesem Amte, so gefährlich, beschwerlich und unbelohnend dasselbe doch war, befreiet zu werden. — Übersiehet man aber nur die actenmäßigen Thatsachen nicht, nämlich, daß der Landesherr die förmlich gerichtliche Aus- und Einweisung des alten und neu ernannten Depositarii befohlen,* daß das Kaiserliche Landgericht darauf dies Geschäft für sehr schwierig und weitläuftig erklärt und die Art und Weise dieser Aus- und Einweisung bestimmt dergestalt vorgeschlagen hatte, daß alle die Land-

gerichtsräthe, welche als Commissarii bei diesem Geschäfte angestellt werden konnten (welches nicht bei allen der Fall war), tageweise mit einander abwechseln sollten,* solches der Fürst-Bischoff auch genehmigte;* daß aber dennoch keine Spur davon in den Acten sich findet, es sey nachher ein bestimmter Commissarius zu diesem Geschäfte ernannt, oder ein Commissions-Termin zu dessen Anfang festgesetzt worden, obgleich der Landrichter behauptet, mehrmals im Collegio dies Geschäft im Allgemeinen in Erinnerung gebracht zu haben, und obgleich auch der Hofrath Schubert im Monate Julius 1791 ausdrücklich um Veranstaltung der Aus- und Einweisung gebeten zu haben versichert; so fällt es in die Augen, daß die Verzögerung der Dienstniederlegung, dem Hofrath Schubert als geflissentlich von ihm geschehen, den Acten nach, eben so wenig beigemessen werden könne, wie man eine widrige Vermuthung auf diese Thatsache gegen ihn zu begründen befugt ist. Je weitläuftiger und verwickelter nämlich die landgerichtliche Depositenverwaltung, nach dem Zeugnisse des Landgerichts* war, desto größer war sein Interesse dabei, dies Geschäft nicht eher niederzulegen, bis der Zustand, worin er diese Verwaltung abgab, durch eine gerichtliche Revision in Gewißheit gesetzt und er dadurch gegen künftige Ansprüche aus dieser Administration sicher gestellt wurde. Da nun bereits ausgemacht war, daß durch eine eigne Commission vom Kaiserlichen Landgerichte die gedachte Revision vorge=

nommen werden sollte, so läßt sich durchaus nicht behaupten, daß indem der Hofrath Schubert die Veranstaltung der Revision nicht betrieb und erinnerte, er absichtlich gezögert habe sein Amt niederzulegen; sondern es fällt zunächst seinem Nachfolger in diesem Amte zur Last, daß derselbe die Ablieferung der Casse nicht durch gehörige Erinnerungen zu bewirken [45]) suchte, wovon gleichwohl die Acten gar nichts ergeben.

§. 65.

Zwar behauptet das Kaiserliche Landgericht in seinem Verantwortungs-Berichte: * „ihm sey nicht bekannt, warum aller so vieler von dem Landrichter ertheilter Befehle ungeachtet, der Hofrath Schubert zur Einweisung nicht zu bewegen gewesen sey; zur Entschuldigung, seyen nur dringende Geschäfte des Domcapitels angeführt worden, und der Hofrath Schubert habe allein die unterlassene Befolgung der Aus- und Einweisungs-Befehle aufzuklären.“ Allein sowohl die Form dieser Äusserung, als auch das unverkennbar eigene Interesse des, jene Berichte erstattenden, Landgerichts, entzieht derselben alle juristische Glaubwürdigkeit, indem es dem Kaiserlichen Landgerichte (welchem überhaupt eine unverantwortliche Vernachlässigung der Aufsicht über die Depositenverwaltung,

45) *Arg. l. 40. et 58. § 2. D. de administrat. tutel.* Thibaut's System des Pand. Rechts § 511. (*edit.* 2.)

den Acten nach, zur Last fällt) um so mehr darum zu thun seyn mußte, die Schuld der, den Fürstlichen Befehlen zuwider, verzögerten Aus- und Einweisung in die Depositenadministration, von sich ab- und auf einen andern zu wälzen, je bestimmter es in diesem Berichte einräumte, daß das Präsidium des Collegii öfters, aber vergeblich, an die Besorgung dieses Geschäfts erinnert habe, und je bestimmter die Ordnung, wie dasselbe besorgt werden sollte, in dem landgerichtlichen Berichte * dem Fürsten-Bischoff bereits vorgeschlagen und von ihm genehmigt worden war. Das Landgericht uud dessen einzelne Räthe, waren daher hier, Zeugen in eigner Sache und deshalb ganz unzulässig [46]), weshalb sie dann auch nicht, einzeln und genauer, über jene Behauptung vernommen seyn mögen, wie doch desto ungezweifelter zu einem gültigen Zeugnisse erforderlich gewesen wäre, je weniger die behauptete Thatsache aus Acten oder Protocollen bewahrheitet ist, gleichwohl aber das schriftliche Zeugniß eines, selbst völlig unintereſſirten Richters, nur dann Glauben verdient, wenn es zu seiner Quelle, Gerichts-Acten anführt [47]).

§. 67.

Unnöthig ist es daher, die ebenfalls unerwiesenen Behauptungen des Hofraths Schubert, über die Gründe

46) *L. 10. D. et L. 10. C. de testibus.*

47) *Reinharth ad Christinaei decis. vol. IV. obs. 66.* Von Bülow's und Hagemann's practische Erörterung. *III* Th. Erört. 15. §. 8 *not. o).*

und Veranlassung der gar nicht ihm, sondern allein dem inzwischen verstorbenen Landrichter und dem ganzen Collegio zur Last fallende Verzögerung der Niederlegung seiner Depositenverwaltung * in Betracht zu ziehen, oder auch selbst die ausgemachte Thatsache für ihn anzuführen, daß er die in dem ersten Jahre nach der Dienstveränderung, wieder fällig gewordenen Zinsen der ausgeliehenen Depositen, seinem Amts-Nachfolger aus eigenem Antriebe sogleich und schon am 7. Januar 1791 mit 1014 fl. 34 kr. baar ausgezahlt; * und hierdurch demjenigen Theile der Depositenverwaltung, welcher die mehreste Verwicklung veranlaßte, * sich weiter nicht unterzogen, sondern seiner Administration selbst eine Gränze so weit gesetzt hat, soweit sich dies bei den beständigen Einnahmen und Ausgaben an Depositis * nur immer, einseitig von ihm (ohne Mitwirkung der so inactiven Aus- und Einweisungs-Commission) thun ließ. Es genügt vielmehr, daß doch actenmäßig so viel ausgemacht ist, auch nicht eine einzige Handlung des Hofraths Schubert, durch welche er die Niederlegung seiner Depositenverwaltung positiv verzögert hätte, erhellet mit einiger Gewißheit; wenn man gleich auch keine Beweise einer von ihm geschehenen Betreibung der gerichtlichen Ausweisung, noch eines geäusserten Verlangens seine Depositenverwaltung abzugeben, in den Acten findet. Wie wenig aber, aus diesen seinen Unterlassungs-Handlungen, für den Verdacht einer von ihm begangenen Depositenunterschlagung

mit Rechtsbestande gefolgert werden könne, das ist bereits eben so gründlich, als überzeugend in dem Rechts-Gutachten des Geheimen Referendarius D. Feuerbach * ausgeführt, welchem wir hierin völlig beipflichten, und nur noch hinzuzufügen haben, daß vielmehr eine günstige Vermuthung für den Hofrath Schubert aus dem Umstande hervorgehe, daß er anders nicht als vermittelst einer förmlichen Aus- und Einweisung, seine Verwaltung hat niederlegen, und seinen Nachfolger nicht nach und nach in die Geschäfte verwickeln wollen, weil auch hieraus das Bewußtseyn einer reinen Sache hervorleuchtet, während ein untreuer Rechnungsführer, nichts mehr wünschen würde, als seine Amts-Verwaltung mit der seines Nachfolgers dergestalt zu vermischen, daß keine Absonderung mehr möglich wäre.

§. 68.

Wenn daher, auch die unterlassene Amts-Niederlegung keine Anzeige einer von dem Inculpaten begangenen Veruntreuung unter diesen Umständen abgeben kann, so ist sie natürlich auch kein Indicium der Existenz eines Cassendefects in der vom Hofrathe Schubert allein verwalteten Depositencasse, und somit rechtfertigt sich dann unsre obige (S. 97.) Behauptung völlig, daß die Acten überall keine Wahrscheinlichkeit davon gewähren, es seyen vor dem Einbruche in die Depositenbehältnisse, auch andere, als das Hofrichtersche, Kollerische und Antunetzische Depositum, bereits defect gewesen.

Ist dies aber gegründet, so kann β) keine weitere Frage davon seyn, wer überhaupt, und in wie fern besonders der Hofrath Schubert verdächtig sey, diesen Defect bewirkt zu haben? Denn, ohne alle juristische Probabilität der Existenz eines Delicts an sich, kann ja nach dessen Urheber weiter nicht, mit Rechtsbestande inquirirt werden [48]); und ohnehin, ist die in Frage stehende Unterschlagung anvertrauten fremden Gutes, eins von den Verbrechen, wobei man das Corpus delicti und die Überführung des Thäters nicht so genau von einander trennen kann, sondern wo mit dem Mangel des einen, zugleich der andere Bestandtheil, in gleichem Grade ungewiß wird [49]).

§. 69.

Wir werden daher, auch in Rücksicht des letzten Thatumstandes, welcher einigermaaßen noch hierher gehört, nämlich daß der Bediente des Hofraths Schubert kurz vor dem Einbruche in die Depositenbehältnisse eine große Quantität Geld getragen haben solle, nur das einzige Moment herauszuheben haben, daß nicht die entfernteste Notiz davon in den Acten vorkomme, daß der Hofrath Schubert solches verdächtige Geldtragen gewußt, oder veranlaßt habe.

48) *L. 1. §. 24 et 25. D. de senatuscons. Silaniano. C. F. Walch Opuscula. tom. 3. exercit. 6. § 10. pag. 320.*

49) *G. J. F. Meister princip. jur. crim. §. 374. edit. 4.* Klein's und Kleinschrod's Archiv des Criminalrechts, 3 Bd. 1 Stück S. 41. a. S.

Daß mithin gegen ihn, deshalb kein Verdacht begründet sey, fällt in die Augen, und so interessiren die weiteren unverkennbaren Mängel des Beweises dieser Thatsache an sich, überall nicht; sie sind inzwischen in den Acten auch bereits gerügt. *

Hiermit wäre also auch der zweite Abschnitt der, zu Beantwortung der ersten Frage nöthigen, Untersuchung geendigt und das Resultat dahin zu ziehen:

daß der Hofrath Schubert von allem Verdachte, einer Unterschlagung an den, im Monate September 1791 nicht mitentwendeten, landgerichtlichen Depositengeldern, völlig frei zu sprechen sey.

Nur zu mehrerer Vollständigkeit bemerken wir noch, ehe wir zu dem dritten Abschnitte übergehen, daß die bei Gelegenheit oben (S. 37. § 24.) berührte Kündigung des Kammercapitals, selbst dann wenn die unterlassene Anzeige davon an das Kaiserliche Landgericht, auch noch mehr in Gewißheit sich befande, als doch der Fall ist, * dennoch kein solches Dienstvergehen enthalte, welches den Gegenstand eines peinlichen Verfahrens abgeben könnte, indem es an allem Strafgesetze und sogar an einer, diesen Gegenstand betreffenden bestimmten Instruction des Hofraths Schubert, gänzlich fehlt (S. 6. oben).

§. 70.

Jetzt bleibt daher noch der letzte, aber auch hauptsächlichste Gegenstand der vorliegenden Untersuchung zu erörtern übrig; nämlich die Frage:

C) Ob und in welchem Grade der Hofrath Schubert verdächtig seye, den am 15. September 1791 entdeckten Einbruch in die Depositenbehältnisse des Kaiserlichen Landgerichts zu Würzburg, verübt, und sich die seitdem vermißten Depositengelder zugeeignet zu haben?

Vom Anfange der jetzigen Untersuchung an, hat man, noch bis nach eingeholtem Urtheile der Juristenfacultät zu Landshut,* den Hauptgesichts-Punct bei dieser Erörterung dergestalt aufgefaßt, als ob der ganze Einbruch kein wahrer, sondern ein nur vorgespiegelter, eine Fälschung seye, wobei die Absicht dahingegangen, einen bereits früher vorhanden gewesenen Cassendefect hierdurch zu verbergen.* Da aber die hiergegen von dem Hofrathe Schubert geäusserten Zweifel* endlich den Erfolg hatten, daß eine neue Besichtigung und Beurtheilung der zurückgebliebenen Spuren des Einbruchs, durch Kunstverständige vorgenommen ist, so muß es natürlich der erste Gegenstand unserer Prüfung, bei Beantwortung jener Frage seyn, ob von einem wahrhaften, oder nur von einem, lediglich zum Scheine, gemachten Einbruche, die stärkeren Beweise hier vorliegen? Denn im letzten Falle, würde es offenbar zunächst das Verbrechen einer Fälschung seyn, welches zur Frage käme; im ersteren hingegen, ein gefährlicher Diebstahl den Vorwurf der Untersuchung abgeben, in so fern nicht sogar davon Beweise vorhanden wären, daß der Einbruch zwar ein wahrhaft

gewaltsamer, das fehlende Geld aber, dennoch nicht erst durch diesen Einbruch, sondern bereits zuvor, hinweggeschaft worden sey, welches aber freilich weit schwieriger darzuthun seyn möchte.

Nach unserer rechtlichen Beurtheilung leidet es nun überall keinen Zweifel, daß der in Frage stehende Einbruch, nicht nach zuvor aufgeschlossenen Depositenbehältnissen, bloß zum Scheine gemacht worden sey, sondern daß vermittelst der angewandten Gewalt, jene Behältnisse eröffnet, folglich ein wahrhaft gewaltsames Aufbrechen geschehen sey.

§. 71.

Denn 1) waren die Gutachten der früher abgehörten Kunstverständigen * schon ihrer Form nach nichtig, indem dieselben zuerst sehr oberflächlich ihre Meinung über den Befund geäussert und nur hinterdrein einen Eid dahin abgeleistet haben: daß alles was sie siebzehn Tage früher, und dann an diesem Tage zu Protocoll gegeben hatten, wirklich wahr und von ihnen nicht anders befunden sey, auch sich ihrer Meinung nach so verhalte; * gleichwohl die Gesetze von Zeugen (welche in diesem Stücke der Form, von den Kunverständigen gar nicht verschieden sind) [50]), ausdrücklich gebieten: „Jurisju-

50) *L. 6. §. 1. C. de secund. nupt.* Claproth's Einleitung in den ordentl bürgerl. Proceß *II* Th. §. 310. (*edit. 2.*) Dorns Commentar des peinlichen Rechts. §. 463.

„randi religione testes, prius quam perhi„beant testimonium, jam dudum arctari prae„cepimus.“ Auch ist es ein unverkennbar richtiger Erfahrungs-Satz, daß eine weit größere Sorgfalt in Fassung der Aussagen, durch vorhergehende Beeidigung bewirkt wird, als es möglich ist, bei einer nachfolgenden eidlichen Bestärkung des bereits Ausgesagten und nur schnell wieder Vorgelesenen, zu erhalten. Daher ist dieses Verfahren bei Zeugenverhören, auch in peinlichen Sachen, unregelmäßig und nichtig [51]). Ebendasselbe aber, muß auch von solcher Art der Vernehmung von Kunstverständigen, um desto ausgemachter behauptet werden, da die peinliche Gerichts-Ordnung [52]) von einer Art der Kunstverständigen, ausdrücklich gebietet, daß sie

„dann zuvor dazu beeidiget werden sollen“,

welches analogisch, bei allen Arten derselben um so sicherer angewendet werden muß, da es der obgedachten Vorschrift in Ansehung der Zeugen, vollkommen entspricht. Daß nun die Nichtigkeit eine Folge der Vernachlässigung gebietender, oder verbietender gesetzlicher Vorschriften sey, ist eben so sehr in der Natur der

51) *L. 9. C. de testibus.* Claproth's Einleitung in die summarischen Processe. §. 575. a. E. Bauer's Grundsätze des Criminalprocesses. §. 188. *not. a).*

52) Art. 149.

der Sache [53], als in namentlichen Gesetzen gegründet [54]).

§. 72.

Dazu kommt 2) im vorliegenden Falle, auch noch die mangelhafte Beschreibung des in die Augen fallenden Zustandes, worin man die vergewaltigten Gegenstände angetroffen hat; welcher Mangel durch eine Vergleichung der früheren und neuesten Besichtigungs-Protocolle,* deren letztere mit musterhafter Genauigkeit aufgenommen sind; auf das deutlichste sich bewährt. Dies ist aber von desto größerem Gewichte, je mehr es bekannt ist, daß nur zu dem Ende, um eine vollständige Beschreibung des Vorgefundenen in das Protocoll aufzunehmen, die Gegenwart des gehörig besetzten peinlichen Gerichts bei Zuziehung der Kunstverständigen im peinlichen Processe gesetzlich geordnet sey [55]). Daher schon in dieser Hinsicht, das frühere Verfahren bei Zuziehung der Kunstverständigen, hier für nichtig gehalten werden muß; besonders, da 3) sogar, was noch wichtiger ist, die Äusserung jener zuerst vernommenen Sachverständigen, auch materiell betrachtet, auffallend schwankend, un-

53) A. D. Weber von der natürl. Verbindlichkeit. §. 74. (*edit.* 4.)

54) *L.* 5. *C. de legibus. C* 64., *de regul. jur. in* 6. Gönner's Handbuch des Processes. *II* Th. Abhandl. 28. §. 11. u. ff. (*edit.* 2.) Martin's Lehrbuch des bürgerl. Processes. §. 11. (*edit.* 2.).

55) Klein's und Kleinschrod's Archiv des Criminalrechts. 5 Bd. 3 Stück S. 4—7. 23—27.

bestimmt und sich selbst widersprechend ist, wie bereits * überzeugend nachgewiesen worden ist.

Man muß es daher allerdings sehr befremdend finden, daß die früheren Richter in dieser Sache, so offenbare Fehler des Verfahrens bei Zuziehung jener Sachkündigen, übersehen und den willkührlichen, auf so ungültige Gutachten gebauten, Satz als ausgemacht angenommen haben, daß nur ein Scheineinbruch hier vorliege!

§. 73.

Allein um so mehr, ist dann nunmehro das Gegentheil, als völlig erwiesen zu betrachten, weil 4) eine neue, vollkommen legal angestellte Besichtigung der (zum Glücke für den Angeschuldigten) noch unverändert * vorgefundenen, vormals erbrochenen Kiste und wenigstens der einen äusseren Kammerthüre, das Gutachten zweier Sachverständigen * geliefert hat, welches dahin gehet, daß durch die angewandte Gewalt diese Behältnisse geöffnet und nicht, erst nach geschehenem Aufschließen, diese Vergewaltigung verübt worden sey: * ein Gutachten, welches die völlige Beistimmung von vier andern Sachverständigen erhalten hat, * die, wiewohl ohne beeidigt worden zu seyn, ebenfalls im Gerichte jene Kiste und Thüre besichtiget und beurtheilt haben. Überdies hat auch der Sachkenner, dessen Gutachten von dem Geheimen Referendär D. Feuerbach beigelegt worden ist, *

vollkommen jenem neuesten Parére zum voraus beigepflichtet; ja, dasselbe hat noch entschiedenern Werth für die Überzeugung des Richters, durch die von wahrer Sachkenntniß zeugenden Gründe, welche bei den einzelnen Antworten und Widerlegung der Einwürfe angegeben sind, und sogar durch angestellte und gelungene Proben * erlangt. — Man mag daher mit Gönner [56]), die abweichenden Meinungen der Kunstverständigen nur zählen, oder aber, wie es unserer Überzeugung nach richtiger ist, deren Gewicht und Glaubwürdigkeit nach der Beschaffenheit der unterlegten Gründe abwägen [57]), so muß das Gutachten der zuletzt vernommenen Sachkenner den Vorzug vor der Behauptung der zuerst abgehörten zwei Schlossermeister, in dem Grade haben, daß es jetzt für juristisch gewiß zu achten ist, der in Frage stehende Einbruch, seye eine wahrhafte und keine, bloß zum Scheine gemachte, Vergewaltigung. Denn, bei der oben (S. 121. f.) deducirten Nichtigkeit des Verhörs der zuerst zugezogenen zwei Meister, kann ihr damahliges Gutachten überall nicht, sondern höchstens die Angabe des einen von ihnen gezählt werden, welche er am 26. Julius 1804 und folgenden Tagen, wiewohl ohne ordentliche neue Beeidigung (die doch nach der Formel, in welcher dessen erster Eid ab-

56) im Handbuche des Processes. Th. 2. Abhandl. 45. §. 14—18.

57) *Pufendorf tom. II. obs.* 105. Martin's Lehrbuch des bürgerl. Processes. §. 207. (*edit.* 2.)

gelegt war, keineswegs hätte unterbleiben dürfen) zu Protocoll gegeben hat. Dann überwiegen ihn aber, die zwei Meister, welche in der legalesten Form das Gegentheil behaupten. Will man hingegen auf den inneren Werth der abweichenden Gutachten Rücksicht nehmen, so würde diese Beurtheilung, in der Regel, freilich nur anderen Kunstkennern und nicht dem Gerichte selbst [58]) gebühren, auch würde das Gutachten * des Kieler Sachverständigen (ob derselbe gleich den Ungrund der ersten Gutachten aus ihrer inneren Beschaffenheit gezeigt hat) dennoch deshalb zu diesem Zwecke nicht genügen, weil derselbe nicht förmlich mittelst Eides verhört, auch von den neuen Behauptungen des einen * der zwei älteren Kunstverständigen nicht unterrichtet gewesen ist; allein es kann dennoch in dem vorliegenden Falle, deshalb kein Bedenken haben, schon von Seiten des Gerichts allein, das völlige Übergewicht der Gründe, welche die neuest adhibirten Meister angeführt haben, aus der Ursache anzuerkennen, weil die angestellten und gelungenen Versuche, einen unwiderleglichen Beweis abgeben, wie falsch die Behauptung jener ersten Meister war, daß das, was jetzt in der That bewirkt ist, unmöglich seye, und es doch wohl keiner Kunstkenntniß bedarf, von der Wirklichkeit auf die Möglichkeit zu schließen! !

58) Gönner a. a. O. §. 15.

§. 74.

Ausgemacht wäre es mithin, daß kein Scheineinbruch, sondern eine wahre Eröffnung der verletzten Depositenbehältnisse mittelst Gewalt, hier zu beurtheilen sey, und es fragt sich daher nur noch, ob ein gegründeter Verdacht gegen den Hofrath Schubert vorhanden seye, daß er diesen wahrhaften Einbruch verübt, oder aber denselben dazu benutzt habe, um wenigstens einzelne der Posten zu unterschlagen, welche als gestohlen angegeben sind?

Als specielle Gründe für die bejahende Antwort kommt in den Acten 1) die Behauptung vor, daß der größere Theil der Depositengelder, welche von dem Hofrathe Schubert als bei diesem Einbruche entwendet angegeben sind, * überall sich nicht in der erbrochenen Depositenkiste solle befunden haben, möglicherweise folglich nicht daraus hätte entwendet seyn können. Daher man den Inculpaten um so mehr für verdächtig scheint geachtet zu haben, weil 2) namentlich bei einem der angeblich mitentwendeten Depositen-Posten, nämlich dem Broilischen Deposito, ohnehin eine Fälschung in dem Auszahlungs-Protocolle begangen seyn soll; auch 3) man behauptet hat, daß alle Depositen, welche als mittelst jenes Einbruchs entwendet angegeben sind, besonders ausgesucht und größtentheils solche seyen, deren Auszahlung erst nach Verlauf mehrerer Jahre habe erfolgen sollen. Noch fand man 4) in der, anonym vom Hofrath Schubert geschehenen

Denunciation des Landgerichts-Dieners Schneider, so wie 5) in der von ihm verweigerten Unterschrift eines vom Landgerichte über diese Depositenentwendung erstatteten Berichts, dann 6) in seinem Benehmen bei der durch den Pfarrer Kauth geschehenen Restitution des entwendeten Geldes, auch deren Nebenumständen, und endlich 7) in einer ihm zur Last gelegten Verschleifung dieser Untersuchung, specielle Gründe des Verdachts gegen ihn und fügte diesen die oben (S. 56. ff.) bemerkten allgemeinen Anzeigen einer Depositenunterschlagung noch hinzu, da der Besitz aller Schlüssel zu den Depositenbehältnissen ihm die That vorzüglich möglich gemacht, seine Geldverlegenheit und Schulden ihn dazu veranlaßt, und die Unordnung der Depositenadministration die Gelegenheit gegeben habe, hiernächst selbst das auffallende Geldtragen seines Bedienten, den Verdacht unterstütze.

§. 75.

Von allen diesen Scheingründen wird sich aber, bei einer genauen Prüfung und nicht präoccupirten Meinung, das Unzureichende dennoch bald ergeben; fügt man dieser Critik derselben, dann auch eine gehörige Würdigung der besondereren Defensions-Momente, welche dem Hofrathe Schubert zur Seite stehen, noch hinzu, so wird man mit Überzeugung das Resultat aussprechen, daß derselbe von allem Verdachte, diesen Einbruch verübt, oder zur Unterschla-

gung von Depositengeldern benutzt zu haben, völlig freigesprochen werden müsse.

Denn I) ist in Rücksicht keines einzigen, derjenigen Posten, welche als entwendet angegeben sind, auch nur die mindeste positive Wahrscheinlichkeit dafür vorhanden, daß derselbe in der erbrochenen Kiste zur Zeit des Einbruchs nicht gelegen habe; sondern man argumentirt lediglich also: mehrere von diesen Depositis, sind ursprünglich in der Wohnung des Hofraths Schubert deponirt worden, an Protocollen darüber, daß sie nachher auf das Landgericht und in die erbrochene Kiste transportirt seyen, fehlt es völlig, mithin, da keine Veränderung präsumirt werden kann, ist anzunehmen, solche hätten zur Zeit des Einbruchs noch in der Wohnung des Hofraths Schubert verwahrt gelegen. Hierbei begehet man aber den doppelten bedeutenden Fehler, a) die Grundsätze des Civil- und Criminalprocesses offenbar mit einander zu verwechseln, und ausserdem b) noch den, eine positive Vermuthung dafür, daß keine Veränderung geschehen sey, anzunehmen, und diese dem allein richtigen Satze zu substituiren, daß zwar für die Veränderung keine Präsumtion existire, aber auch keine dagegen streite; sondern daß nichts hierbei zu vermuthen sey.

§. 76.

Die Unrichtigkeit einer Präsumtion für den unveränderten Zustand, hat der um die Rechts-

wissenschaft so verdiente Professor **Weber** zu Rostock mit vollem Rechte gerügt, indem er sagt:

„Eine Hauptquelle der Unrichtigkeiten, welche nach „und nach hier (in der Lehre von den Rechtsver-„muthungen) aufgekommen sind, ist in der Nicht-„beobachtung des vorhin (S. 124) bemerkten drit-„ten Punctes — daraus, daß die Gesetze ausdrück-„lich über diese oder jene factische Behauptung einen „Beweis fordern, kann noch **nicht** gefolgert wer-„den, daß das **Gegentheil** des zu erweisenden „Satzes, **darum schon rechtlich vermuthet** „werde — zu suchen. Wenn von zwei einander „entgegengesetzten Dingen, das eine als wahrschein-„lich ausgesagt wird, so folgt natürlich, daß das „andere nicht, oder doch weniger vermuthet wird. „**Aber daraus, daß es dem einen an Grün-„den der Wahrscheinlichkeit bloß fehlt,** „folgt noch nicht gleich umgekehrt, daß das an-„dere (der Gegensatz) stärkere Vermuthung **für** „**sich** habe. **Denn es können ja, weder für** „**das eine, noch für das andere, Gründe** „**zu irgend einem bestimmten Urtheile** „**vorhanden seyn**[59]."

Wenn nun gleich die Gesetze bei mehreren Gelegenheiten den Satz aufstellen, daß derjenige, welcher eine vorgegangene Veränderung behauptet, verbunden

59) s. A. D. **Weber** über die Verbindlichkeit zur Beweisführung. S. 129. ff.

seye solche zu erweisen 60), so folgt doch hieraus durchaus nicht, daß eine positive Wahrscheinlichkeit dafür vorhanden sey, der frühere Zustand seye unverändert geblieben, sondern es ergiebt sich lediglich der Grundsatz, nichts werde hierbei von den Gesetzen präsumirt 61). Dies hat aber den wichtigen Erfolg, daß im Civilprocesse derjenige, welcher sein behauptetes Recht oder Befreiung, auf eine Veränderung erwiesener Thatsachen stützt, zwar keine günstige Vermuthung für sich habe, indessen ihm auch keine widrige entgegenstehe, welches auf den Werth einer unvollständigen Beweisführung grossen Einfluß haben muß. — Eben dies äussert aber auch im Criminalprocesse den noch wichtigern Einfluß, daß weil keine positive Wahrscheinlichkeit der unveränderten Fortdauer eines früheren Zustandes gesetzlich anerkannt worden ist, auch kein Indicium eines Verbrechens auf die Fortdauer eines früher vorhanden gewesenen Thatumstandes, ehe als begründet angesehen werden dürfte, ehe nicht die Prämisse (die Fortdauer des früheren Zustandes) hinreichend dargethan ist.

§. 77.

Wenden wir diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so erhellet sofort, daß keine dem Hofrath Schubert ungünstige Vermuthung schon allein aus der ehemahls in seiner Wohnung geschehene Deponirung mehrerer, nachher als gestohlen angegebener,

60) *L. 3. et 22. D. de probationibus. L. 27. C. de testamentis.*

61) Weber a. a. O. S. 152.

Posten hergeleitet werden könne, sondern zu dem Ende erst noch hätte erwiesen werden müssen, daß diese Posten zur Zeit des Einbruchs sich in seiner Wohnung befunden haben. Von einem solchen Beweise, oder auch nur von bestimmten Wahrscheinlichkeits-Gründen für diesen zuletzt gedachten Thatumstand, findet sich aber auch nicht die mindeste Spur in den Acten, sondern man hat sich damit begnügen zu können geglaubt, — und darin liegt wieder die fehlerhafte Verwechseung zwischen Civil- und Criminalprocesse — vom Hofrath Schubert den Beweis zu verlangen, daß jene Depositen in die erbrochene Kiste vor der Einbruchs-Zeit transportirt seyen. Nun fällt es aber doch α) in die Augen, daß die Begründung eines Indicii gegen ihn, von dem Beweise des Verwahrungs-Orts der entwendeten Depositorum zur Zeit ihrer angeblichen Entwendung abhieng, daß folglich dem inquirirenden Gerichte jener Beweis oblag, und durch keinen Gegenbeweis elidirt zu werden brauchte, so lange dieser Beweis selbst noch nicht geführt war. Überdies aber sollte man auch β) im Criminalprocesse nie vergessen, daß das Gericht gleiche Aufmerksamkeit auf die Exculpation eines Angeschuldigten, wie auf dessen Überführung zu verwenden schuldig sey [62]), und daß es sich daher nie, mit so vagen Präsumtionen begnügen dürfe [63]).

62) Dorns Commentar des peinlichen Rechts. §. 288. a.

63) Kleinschrod's system. Entw. der Grundbegr. des peinlich Rechts. I. Th. §. 25.

§. 78.

Doch, was noch mehr ist, die Acten enthalten sogar II) sehr bestimmte Wahrscheinlichkeits-Gründe dafür, daß die anfänglich in der Wohnung des Hofraths Schubert deponirt gewesenen Deposita, welche jetzt in Frage stehen, späterhin in die nun erbrochene Depositenkiste, noch vor erfolgtem Einbruche, wirklich transportirt worden sind. Diese hat mit Meisterhand der Geheime Referendär D. Feuerbach umständlich zusammengetragen,* so daß wir seine Ausführung dieses Gegenstandes, als völlig überzeugend und befriedigend anerkennen, und nur zur Abkürzung, lediglich folgendes Resultat derselben hier bemerklich machen: α) von den mehresten, und was nicht zu übersehen ist, von den der Summe nach wichtigsten Posten, ist es genügend dargethan, daß sie wirklich vor dem Einbruche in der nachher erbrochenen Kiste sich befunden haben; nur bei fünf Posten, welche etwa 700 fl. in Summe betragen, fehlt ein solcher Beweis. β) Ein, mit den Summen, welche zurückgelassen, und welche als gestohlen angegeben sind, angestellter Versuch füllte die erbrochene Kiste nicht einmal ganz in der Maaße, wie sie ein classischer Zeuge, wenige Wochen vor geschehenem Einbruche angefüllt gesehen hat. Ja eben dieser Zeuge sagt auch noch aus:

„daß bei jenen sub 26. und 31. August beschehe-
„nen Auszahlungen, er, Substitut Seyfert, mit dem
„Hofrath Schubert zur Abholung der — zur Er-

„tradition gestandenen Depositen, oben und daselbst
„noch alles sowohl in Hinsicht der äusseren
„als auch inneren Verwahrung in Ordnung
„gewesen sey; und gleichwie vom 31. August bis
„zum 15. September auf dem Landgerichte
„keine Depositen auszuzahlen und über=
„haupt keine Verrichtung in dem Depo=
„sitions=Zimmer vorgefallen — * —
mithin erhellet auch mit sehr vieler Wahrscheinlichkeit, daß noch bei dem letzten Male der Öffnung dieser Kiste vor dem Einbruche, dieselbe sich noch im unveränderten Zustande der Anfüllung befunden habe. — γ) Der Inculpat lieferte, freiwillig, noch einige kleine Reste der, übrigens mitentwendeten, Depositengelder als in seiner Wohnung befindlich gewesen, nach entdecktem Einbruche ab. Dies würde er, weil man nicht wissen konnte, was in seinem Hause zurückgeblieben war, zu thun überall keinen Grund gehabt, wenn der grössere Theil derselben von ihm unterschlagen gewesen wäre; er hätte dann gerade im Gegentheil, ein unverkennbares Interesse dabei gehabt, durch die Ablieferung dieser Theile einzelner entwendeter Posten, das Gericht nicht darauf aufmerksam zu machen, daß auch deren (als gestohlen angegebener) übriger Theil ebenfalls ursprünglich in seiner Wohnung deponirt gewesen sey. Man muß daher aus diesem Betragen eines der Rechte kundigen, talentvollen und in Geschäften geübten Mannes, wie die Acten den Inculpaten schildern, einen neuen Wahrscheinlichkeits=

Grund für die aus obigen Momenten (S. 124.) resultirende Probabilität, daß alle für gestohlen angegebenen Posten, noch vor dem Einbruche, in der vergewaltigten Depositenkiste sich wirklich befunden haben, hernehmen.

§. 79.

Konnten demnach, alle in Frage stehenden Posten mittelst des verübten Einbruchs in der That entwendet seyn, so fehlt es durchaus an aller positiven Wahrscheinlichkeit, daß gerade der Hofrath Schubert diesen Einbruch verübt, oder dazu benutzt habe, um einzelne Depositenposten zu unterschlagen. Denn die allgemeinen Verdachts-Gründe, welche von einer Geldverlegenheit des Inculpaten, von vermeintlicher Unordnung in seiner Depositenverwaltung, und von bloßer Möglichkeit zu den Depositenbehältnissen zu gelangen, hergeleitet sind, wurden sämmtlich oben (S. 56.—80.) bereits zum Theil als factisch unwahr, zum Theil aber als unbündige Schlußfolgerungen, und endlich als durch Gegenvermuthungen widerlegt, den Acten gemäß dargestellt. — Wir dürfen daher nur noch kurz, die übrigen in den Acten angenommenen speciellen Argumente für dieses Delict (S. 118. f.) erörtern. Da ist dann III) zunächst die angebliche Fälschung zu betrachten, welche bei dem Broilischen Deposito jetzt, allein noch in Frage kommt, indem die Anschuldigung einer verzögerten Auszahlung dieses Depositi, theils zurückgenommen,* theils schon allein dadurch widerlegt ist, daß der Hof-

rath Schubert erst am 31. März 1791 den Rest dieser Masse mit 1366 fl. von dem Registrator Seyfert ad depositum eingeliefert erhielt, * und bereits zwei Tage nachher (am 2. April 1791) die Wiederauszahlung dieses Depositi vorgenommen hat, * folglich ihm eine verzögerte Befolgung des Auszahlungs-Befehls von 28. Februar 1791 * überall nicht zur Last fallen kann, da eine vollständige Ablieferung der Masse befohlen war. *

§. 80.

Nun fällt es zwar allerdings auf, daß das Auszahlungs-Protocoll über dieses Depositum, * die Summe von 6266 fl. 50 kr. als an die Fürstliche Regierung abgesandt anführt, gleichwohl die Quitung des Regierungs-Depositarii nur über 4224 fl. 41 kr. lautet, * und in dem Hauptbuche * nur 4124 fl. 41 kr. mit Bleistift als ausbezahlt eingetragen sind; ferner daß die Behauptung des Hofraths Schubert, damahls seye zwar das ganze Depositum der Fürstlichen Regierung zugesandt, allein ein Theil desselben, nämlich ein ganzer Sack mit Geld, von dorther zurückgesandt, nicht nur nicht genügend hat erwiesen werden können, sondern sogar mehrerer Personen Versicherung geradezu gegen sich hat. * — Dem allen ungeachtet aber, ist doch dieser ganze Vorgang für die gegenwärtige Untersuchung durchaus unerheblich. Denn da a) alle Landgerichts-Subalternen, welche von diesem Vorfall unterrichtet

waren, es bezeugen, und die Quitung der Regierungs-Depositarien es bewähret, daß ein Theil dieses Broilischen Depositi bei der landgerichtlichen Depositenverwaltung zurückgeblieben * sey, und da ein Zeuge ohne Tadel versichert, sich unter andern bestimmt zu erinnern, daß auch dies Depositum vor dem Diebstahle in der Depositenkiste befindlich gewesen sey, * so kann dieser Rest, vermittest des verübten Einbruchs wirklich entwendet seyn, und dessen Aufzeichnung unter den durch Einbruch entwendeten Depositengeldern, ist an sich noch nicht als unwahr zu betrachten, sondern es kommt b) lediglich darauf an, ob eine Fälschung, in der Fassung jenes Auszahlungs-Protocolls enthalten sey, und in wie fern dann, wenn dies der Fall wäre, aus dieser Fälschung des Protocolls, eine Wahrscheinlichkeit wider den Inculpaten erwachse, daß er auch einer fälschlichen Angabe der Entwendung dieses Depositenrests sich schuldig gemacht habe?

§. 81.

Vergißt man aber nicht, daß es kein Verbrechen der Fälschung aus Unvorsichtigkeit, sondern lediglich aus bösem Vorsatze, den bestehenden Gesetzen nach [64]), giebt, und bedenkt dann, daß das in Frage stehende Protocoll wörtlich dahin abgefaßt ist:

64) *L. 1. pr. L. 2. L. 9. §. 2. et 3. D. de lege Cornel. de fals. L. 20. C. ad L. Cornel. de falsis.*

„Wurde der Rest der Broilischen Capital- und
„Strichgelder ad 6266 fl. 50 kr. vermöge an-
„liegenden Hochfürstlichen Regierungs-
„Depositions-Extracts zur Hochfürstli-
„chen Regierung überliefert,“ *

so ist bei dieser Einkleidung des Protocolls ein Dolus bereits ungedenkbar, indem ein solches vom Inculpaten selbst dictirtes Protocoll (welches an sich schon, für ihn keine Beweiskraft hatte) durch die namentliche Beziehung [65]) auf eine beiliegende Quittung durchaus unschädlich wurde, der Inculpat auch nicht erwarten konnte, eine so große Summe von dem Regierungs-Depositario, ohne sie zuvor nachgezählt zu haben, quitirt zu erhalten. Bei erfolgendem Nachzählen des abgelieferten Geldes blieb ja aber keine Möglichkeit übrig, den Defect an der Summe zu verheimlichen. Rechnet man hierzu noch, daß der Registrator Seyfert ausdrücklich bezeuget hat, ein Sack von diesem Deposito sey nur aus Versehen stehen geblieben,* daß ferner die Protocollarform, bei dem Landgerichte auch die Form der Berichte ist (man sehe die Beispiele davon in den Acten*), so wird man folgende Aufklärung, welche Inculpat über diesen ganzen Vorfall gegeben* hat, daß nämlich seine Absicht dahin gegangen sey, mit jenem Protocolle den vollständigen Betrag des Broilischen Depositi einzusenden, nicht unwahrscheinlich

65) *Nov.* 119. c. 3.

finden, und selbst dann, wenn auch nicht einmal alles Geld an die Fürstliche Regierung eingeschickt seyn sollte (welches gleichwohl bis jetzt * noch nicht einmal juristisch gewiß genannt werden kann), um so weniger eine böse Absicht hieraus folgern können, weil der Inculpat eines Theils die zu hohe Quittung des Regierungs-Depositarii, welche 100 fl. zu viel als eingeliefert angab, nie benutzt * hat, welches er doch, wenn seine Absicht auf eine Unterschlagung gerichtet gewesen wäre, desto sicherer gethan haben würde, je mehr ihm dabei die Gesetze [66]) zur Seite gestanden hätten; andern Theils, der Inculpat auch den Betrag des Broilischen Depositenrestes, bei Voraussetzung eines solchen Doli, gewiß nicht um 942 fl. zu gering in dem Verzeichnisse der mittelst Einbruchs gestohlenen Depositengelder angesetzt haben würde, welches er gleichwohl gethan hat. *

Unter solchen Umständen kann daher auch nicht einmal ein scheinbarer Verdacht absichtlicher Fälschung jenes Protocolls, den Hofrath Schubert treffen, und somit cessirt alle Wahrscheinlichkeit, daß er hierbei das Crimen falsi begangen habe, eben sowohl, als die fernere Vermuthung einer Wiederholung dieser Gattung von Verbrechen, welche aus dem ersten Verüben desselben hervorgehen soll. Solchemnach ist dieser Vorwurf auch unzureichend, um den Inculpaten einen positiven Verdacht zuzuziehen,

66) *L. 14. §. 1. C. de non. numer pecun.*

als habe er den geschehenen Einbruch in die Depositenbehältnisse benutzt, um einige Posten auf diese Weise zu unterschlagen, daß er solche fälschlich als gestohlen angegeben hätte.

§. 82.

Sollte es ferner IV) nun wohl einen solchen positiven Verdacht begründen können, daß die als gestohlen angegebenen Deposita wenigstens zum größern Theile aus solchen bestanden haben sollen, welche wahrscheinlich erst nach längerer Zeit wieder würden auszuzahlen gewesen seyn? Wäre diese Thatsache an sich auch wahr, welches sie aber nicht ist,* so läßt sich doch daraus die Verübung eines Einbruchs, oder einer Depositenunterschlagung unter dem Scheine des Einbruchs, ganz und gar nicht wider den Inculpaten folgern, indem das später oder früher Zahlbarwerden eines Depositi gleichgültig war, sobald dasselbe einmal als entwendet betrachtet worden wäre, folglich von dessen Auszahlung überall weiter nicht die Rede hätte seyn können. Scheinbarer noch könnte man aus diesem Thatumstande einen Unterstützungs-Grund hernehmen, um daran zu zweifeln, ob überall diese Deposita sich vor der Entwendung in der Depositenkiste befunden hätten. Allein da oben (S. 124.—126.) gezeigt worden ist, daß hinreichend vom Inculpaten bescheiniget seye, es haben sich kurz vor dem verübten Einbruche alle, als entwendet angegebenen Depositengeldposten, bis auf ungefähr 700 fl.

wirklich in der nachher erbrochenen Kiste befunden; so ist die gedachte angebliche Qualität dieser Depositen, auch in solcher Hinsicht irrelevant.

§. 83.

Kaum nennen wir daher V) noch den, dem Inculpaten gemachten Vorwurf, daß er in einer anonymen Denunciation den Landgerichts-Diener Schneider als jenes Einbruchs schuldig angegeben habe, da die Anonymität des gedachten Aufsatzes nicht nur durch den Befehl des Fürsten * hinreichend gerechtfertigt ist, sondern auch nach dem deutlichen Inhalte des, in den Acten gleich auf diese Denunciation folgenden Protocolls * mehr scheinbar, als reel war. Die Denunciation selbst aber ist durch die besonderen Pflichten des Inculpaten, in der Qualität des Depositenverwalters, und durch das auch anderen Personen aufgefallene * Betragen des Denunciaten nach entdecktem Einbruche, hinreichend veranlaßt; auch kann auf jeden Fall die Schlußfolgerung für bündig durchaus nicht gehalten werden, daß der Denunciant das einem andern angeschuldigte Verbrechen, alsdann selbst verübt haben müsse, wenn der Denunciat desselben nicht überwiesen werden könne; und mehr liegt hier doch noch nicht vor. Am wenigsten aber hat man dafür auch nur den geringsten Grund, daß Inculpat eine wissentlich falsche Denunciation des Landgerichts-Dieners Schneider angebracht habe.

§. 84.

Wir verweisen daher auch VI) wegen des in den Acten aufgehaschten Umstandes, daß Inculpat sich einst weigerte, einen Bericht des Landgerichts über diesen Gegenstand mit zu unterschreiben, * auf die, bereits ebenfalls zu den Acten gekommene, Deduction der Irrelevanz * dieses Vorfalls, und dürfen endlich VII) wohl nur daran noch erinnern, daß wenn auch der Inculpat davon nicht völlig sollte freigesprochen werden können, daß er an der langen Dauer dieses, jetzt schon mehr als vierzehnjährigen, Untersuchungs-Processes zum Theile Schuld sey (welches unten, als Gegenstand der fünften Frage noch genauer betrachtet werden wird), dies dennoch allein, keinen Verdachts-Grund gegen ihn abgeben könne, da es ihm theils nicht zu verdenken ist [67]), daß er mehrere in den Gesetzen nicht gemißbilligte Maaßregeln ergriff, um die Richtung eines so nachtheiligen Verfahrens gegen seine Person abzuwenden, wenn gleich der Erfolg seinen Erwartungen nicht entsprochen hat; theils aber auch der große Umfang der in Frage gekommenen Thatsachen, eine solche Zögerung wirklich desto unvermeidlicher gemacht hat, je weniger der Inculpat mit Amts-Geschäften * während dieser Zeit verschont gewesen ist.

§. 85.

Bei dem, solchem allen zufolge, entwickelten völligen Unwerthe der Gründe, aus welchen der Inculpat

67) *J. J. Böhmer Consultat. et decis. t. 2. p. 2. decis. 1172. n. 18.*

bisher verdächtig geachtet ist, den in Frage stehenden Einbruch in die landgerichtlichen Depositenbehältnisse verübt oder zur Unterschlagung von deponirten Geldern benutzt zu haben, würde eine genaue Ausführung der besonderen Defensions-Argumente nur eine überflüssige Erweiterung dieses (ohnehin unvermeidlich weitläuftig gewordenen) Rechts-Gutachtens veranlassen. Wir begnügen uns daher damit, diese für seine Unschuld, ausser den bisher bei Gelegenheit bemerkten, noch ebenfalls eintretenden Wahrscheinlichkeits-Gründe hier nur kurz anzuführen. Daß Inculpat den in Frage stehenden Einbruch nicht selbst verübt habe, dafür spricht besonders der Umstand, daß er ja sämtliche Schlüssel zu den Depositen-Kammerthüren und den Depositenkisten allein in Verwahrung hatte, und wenn er je den Plan gehabt, die Depositenkasse auf irgend eine Art zu beeinträchtigen, sicher die Gelegenheit nicht würde unbenutzt gelassen haben, welche die Verwahrung eines Duplicats der landgerichtlichen Zugangs-Thürschlüssel in seiner Wohnung (S. 75. oben) ihm darbot. Er durfte dann nur alle Thüren offen stehen lassen, um eine Bestehlung der Casse von aussenher vorzugeben, und hätte dabei offenbar der grossen Gefahr sich nicht ausgesetzt, entdeckt zu werden, welcher er durch die, laut der Erklärung der Kunstverständigen und zufolge der von diesen angestellten Proben so mühsamen und nicht geräuschlosen Arbeit des Aufbrechens * sich unvermeidlich, um so mehr hätte aussetzen müssen, da das Regierungs-Gebäude von

einem öffentlichen Diener und dessen Familie bewohnt ist, auch so vielen anderen Collegien zum Orte der Besorgung ihrer Amts-Geschäfte diente (S. 2. oben). Statt dessen, fand man hingegen die eine Thür des Depositenzimmers wieder verschlossen, welches allerdings, wie sehr richtig von dem Geheimen Referendar Feuerbach * bereits gezeigt worden ist, einen bedeutenden Grund für die Unschuld des Inculpaten enthält. Schon die Art der Vergewaltigung selbst macht es also wahrscheinlich, daß diese, als das schwierigste und gefahrvolleste Mittel zu einem so durchdachten Plane, nicht würde vorzugsweise von ihm gewählt worden seyn, während ihm viel leichtere, mit keiner solchen Gefahr verknüpfte, so nahe lagen.

§. 86.

Bedenkt man daneben, daß der Inculpat es war, der das Zumauren eines im Depositenzimmer befindlichen Kamins * während seiner kurzen Depositenverwaltungs-Zeit veranlaßte; so entstehet eine neue Wahrscheinlichkeit für seine Unschuld, wodurch sich die in den Acten angenommene Supposition eines von ihm seit längerer Zeit angelegten Plans, Deposita zu unterschlagen, als von aller Probabilität entblößt darstellt, indem es einem solchen Plane geradezu widersprechen würde, sich freiwillig der leichtesten Mittel ihn auszuführen, zu berauben. Wahrscheinlich kann endlich ein solcher Plan auch schon darum nicht seyn, weil der Inculpat den Verlust, welchen die

Depositencasse durch den Einbruch erlitten haben sollte, geringer angegeben hat, als er bei der nachherigen Untersuchung gefunden ist (s. S. 130. oben), denn dieses läßt sich ebenfalls mit einem solchen prämeditirten Plane nicht vereinigen. Ergiebt es sich also auch aus diesen Momenten aufs neue, wie sehr alle Wahrscheinlichkeits-Gründe dagegen streiten, daß der Inculpat den in Frage stehenden Einbruch selbst verübt und dadurch einen vermeintlich lange zuvor angelegten Plan ausgeführt habe, so wird nicht minder der Umstand, daß 6325 fl. baar in der erbrochenen Kiste zurückgeblieben sind, und gleichwohl eine geringere Summe, als doch wirklich fehlte, für gestohlen angegeben ist, der Supposition, daß der Hofrath Schubert den Einbruch in die Kiste, zur Unterschlagung einiger in der That nicht entwendeter Posten benutzt haben könne, stets die erheblichsten Schwierigkeiten entgegenstellen, und eben dadurch die Unschuld des Inculpaten auch hierbei in das Licht setzen. Denn, man kann es doch nicht wahrscheinlich finden, daß der Dieb, welcher den Einbruch mit so vieler Mühe und so großer Gefahr wirklich vollbracht hat, nach dessen Vollendung mehr Geld zurückgelassen haben sollte, als er wegen unzureichender Kräfte zurückzulassen gezwungen war; da man nun aber nicht weiß, und nicht wissen kann, ob ein oder mehrere Diebe den Einbruch verübt haben, die physischen Kräfte der Menschen auch sehr subjectiv verschieden sind, so läßt sich überall nicht mit einiger Wahr-

scheinlichkeit bestimmen, ob die ganze als entwendet angegebene Summe die physischen Kräfte der Thäter übersteigen habe. Ist daher kein Grund vorhanden die Möglichkeit der Entwendung dieser ganzen fehlenden Summen zu bezweifeln, so fehlt schon deshalb auch alle Veranlassung zu der Supposition, daß unter der als gestohlen angegebenen Summe sich einige Posten befänden, welche wirklich nicht entwendet waren. Aber völlig muß dieselbe verschwinden, wenn man die Angabe des Defects geringer noch findet, als den wirklichen Defect, wie das hier der Fall ist. Denn wie ließe es sich mit jener Voraussetzung vereinigen, daß der Hofrath Schubert die bei der ersten Entdeckung des Einbruchs gemachte Schadens-Berechnung ad 7810 fl. * nachher als irrigerweise um 434 fl. zu hoch lautend freiwillig zurückgenommen und verbessert, ** demungeachtet aber es sich bei der Aus- und Einweisung der Depositenverwaltung ergeben hat, daß namentlich bei dem Broilischen Posten von ihm eine geringere Summe als der wirkliche Defect daran betrug, für das gestohlne Quantum angegeben ist, und daß einige andere Posten z. B. der Lauische, gar nicht mit unter den fehlenden genannt sind, gleichwohl gefehlt haben? — Ein Depositenverwalter, welcher den durch geschehenen Einbruch der Casse zugefügten Schaden auf diese Weise nur unvollständig berechnet, kann den Plan nicht gehabt haben, bei Gelegenheit des Einbruchs einige Posten zu unterschlagen.

§. 87.

Zu allem diesen ist dann endlich der so sehr wichtige Umstand noch hinzuzufügen, daß 10,588 fl. rheinisch, von ungenannten Pönitenten an die Depositencasse des Landgerichts wirklich zurück erstattet worden sind,* und daß sich diese bereit erklärt haben, vor einer Commission des Generalvicariats zu Frankfurt eidlich zu erhärten,

„daß sie die wahren Entwender und Erstatter der „landgerichtlichen Gelder gewesen seyen, daß sie „weder Schubert noch Schneider heißen, auch niemahls bei Schubert in Diensten gestanden, daß „sie endlich von keinem der beiden einen Auftrag „oder Anleitung zu dieser Deposition bekommen „hätten." *

Je mehr nun der Hofrath Schubert einen so erbitterten Denuncianten, wie der Landgerichts-Diener Schneider sich gegen ihn in den Acten bezeigt hat, stets zum aufmerksamen Beobachter gehabt hat, desto weniger würde derselbeeine solche Summe von mehr als 10/m fl. (ungefähr die Hälfte seines, mit einem Veräusserungs-Verbote * obendrein belegten, Vermögens) ohne Aufsehen zu erregen zu jener Restitution haben verwenden können. Man überzeugt sich daher moralisch um so vollständiger von seiner Unschuld, je weniger auch nur der mindeste Grund dafür vorhanden ist, aus dem allerdings auffallenden Umstande, daß der eine an das Cabinet gelangte Brief * nicht mit der

Post und doch so schnell in Würzburg angekommen ist'* gerade gegen die Person des Hofraths Schubert einen Verdacht der Mitwissenschaft, oder Theilnahme an jener Correspondenz zu schöpfen, indem nur im Allgemeinen jemand in dortiger Gegend hierdurch compromittirt wird, ohne daß bestimmt werden kann, wer dies seye? Auch ist es ein grundloser Vorwurf, der dem Inculpaten darüber gemacht ist, daß er die Abolitions-Anträge des Pfarrers Kauth vertheidigt hat, * denn wer, wie der Inculpat, mit Sachkenntniß die Lage dieses so vieljährigen Processes übersah, der mußte sich leicht überzeugen, daß durch dessen Fortsetzung kein positiver Beweis der Unschuld des Inculpaten herbeigeschaft werden konnte, sondern daß in Tilgung der gegen ihn aufgegriffenen Indicien, welche ohnehin nicht haltbar waren, alles bestand, was von Fortsetzung der Untersuchung zu hoffen war; unter solchen Umständen aber ist es keinem rechtlichen Manne zu verdenken, wenn er nach eilfjähriger Untersuchung, nur deren Ende sich wünscht.

§. 88.

Die erfolgte Restitution der gestohlnen ganzen Summe durch dritte Personen, muß bei diesen sie begleitenden besonderen Umständen ein sehr starkes Argument für die Unschuld des Inculpaten abgeben, wenn gleich die juristische Gewißheit bis jetzt noch fehlt, daß die Restitution wirklich dritte un-

beauftragte Personen gewesen sind, indem diese Gewißheit auch aus der Erklärung des Fürsten-Bischoffs * (S. 18. oben) noch nicht genügend hervorgehet. * — Indessen bedarf es dermalen keiner weiteren Aufklärung hierüber (welche ohnehin nunmehro schwieriger zu erlangen seyn * dürfte) weil aus allen unseren bisherigen Ausführungen, schon an sich das Resultat genügend hervorgehet:

Daß alle behauptete Anzeigen eines von dem Inculpaten an den landgerichtlichen Depositenbehältnissen verübten Einbruchs, oder einer verbrecherischen Benutzung dieses Vorgangs zu Unterschlagung dort deponirten Geldes, völlig getilgt, oder elidirt seyen.

§. 89.

Um die oben (S. 20.) aufgeworfene erste Frage erschöpfend zu beantworten, bleibt uns mithin nunmehr der Punkt wegen des Ersatzes der Untersuchungs-Kosten, allein noch zu erörtern übrig. — Es ist aber zu bekannt, welchen Einfluß[68]) hierauf das Erkenntniß in der Sache selbst habe, als daß wir weitläuftig dies zu deduciren Veranlassung finden könnten, besonders da sich hierüber auch bereits eine umständliche Ausführung bei den Acten befindet. * Ist nun in dem obigen gezeigt worden, daß der Hofrath Schubert von der bisherigen Untersuchung nicht nur völlig freigesprochen werden müsse, sondern daß er auch durch

68) Grolmanns Grundsätze d. Criminalrechtswissenschaft. §. 545.

seine eigene Schuld keineswegs eine rechtliche Veranlassung zu diesem peinlichen Verfahren gegen ihn, gegeben hat, indem die sogenannten Dienstvergehungen des Inculpaten, theils ungegründet, theils sämtlich nicht zu einem Gegenstande des Criminalprocesses geeignet waren, auch die Anstände, welche sich bei einigen Posten seiner Depositenverwaltung gefunden haben, wohl eine Rechnungs-Revision, allein ebenfalls keinen Criminalproceß gegen ihn begründen konnten, so wird es wenig Zweifel leiden können, daß der Hofrath Schubert auch mit dem Ersatze der auf diese peinliche Untersuchung verwendeten Unkosten gänzlich verschont bleiben müsse, wenn wir gleich dafür halten, daß er nach Grundsätzen des Rechnungs-Processes die Kosten der Rechnungs-Revision (welche im Vol. VIII. actorum mit enthalten ist), zum Theile und in so weit durch sein Verschulden Zweifel gegen die Richtigkeit einzelner Posten entstanden sind, zu erstatten verbunden sey.

§. 90.

Unser rechtliches Gutachten auf die erste Frage (S. 20.) gehet demnach dahin:

Daß der Hofrath Schubert in dem künftigen Urtheile eine gänzliche Freisprechung von dem gegen ihn eingeleiteten Criminalprocesse und von allem Verdachte einer Depositenunterschlagung oder gar eines verübten Cassendiebstahls, zu erwar-

ten allerdings vollkommen berechtiget sey; daher dann demselben auch die Kosten des peinlichen Processes überall nicht zur Last fallen können, hingegen derselbe die zu Berichtigung des Depositenwesens nothwendig gewordenen Rechnungs-Revisions-Kosten, in so weit er solche veranlaßt hat, zu erstatten allerdings verbunden sey.

§. 91.

In genauer Verbindung mit dieser ersten, steht dann auch die uns vorgelegte

zweite Frage,

welche dahin lautet:

Ob dem Hofrathe Schubert nicht ein rechtlicher Anspruch auf Genugthuung, Schadens- und Kosten-Ersatz gegen die Untersuchungs-Commission, aus dem Grunde zustehe, weil dieselbe die ganze Untersuchung auf die falsche Hypothese, eines nur zum Scheine gemachten Einbruchs, gebauet, die Berichtigung des Corporis delicti dreizehn Jahre lang verabsäumt, auch den Betrag des Schadens sechs Jahre hindurch ununtersucht gelassen, und dem Hofrathe Schubert die Mittel zu seiner Vertheidigung hierdurch theils erschwert, theils ganz entzogen habe?

So wenig man auch im Allgemeinen die Verpflichtung eines untersuchenden Richters bestreiten wird, dem unschuldigen Inculpaten alsdann Genugthuung

und Schadens-Ersatz zu leisten, wenn dem Gerichte, zum mindesten ein erhebliches Versehen, bei Einleitung oder Fortsetzung eines ungegründeten Criminalprocesses gegen eine bestimmte Person, zur Last fällt [69]), so wird man doch vielleicht in dem vorliegenden Falle diese Verbindlichkeit, ohne weiteres, damit ablehnen zu können glauben, daß durch die Urtheile dreier Juristenfacultäten * der peinliche Proceß gegen den Hofrath Schubert anerkannt und bestätigt, solches auch rechtskräftig geworden sey.

§. 92.

Allein diese Gründe sind keineswegs zu Verneinung obiger Frage genügend, denn es giebt 1) überall keine Rechtskraft, wenigstens der einem peinlich Angeschuldigten nachtheiligen Erkenntnisse, da bekanntlich, das Fundament aller Rechtskraft in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in einer wirklich erklärten oder gesetzlich fingirten Willens-Äusserung bestehet, dem [70]) erfolgten Urtheile sich zu unterwerfen, mithin dieselbe auf dem freien Dispositions-Rechte jedes Berechtigten über das seinige beruhet [71]), nun aber es eine ausgemachte Wahrheit ist, daß der

69) Art. 20. u. 61. a. E. der P. G. O. C. F. Meisters rechtliche Erkenntnisse in peinlichen Fällen. 1 Thl. *Resp.* 45. *n.* 85.

70) *L.* 5. *C. de rejudicata C.* 15. *X. de sentent. et re judic. Clem.* 2. *de appell.* Martin's Lehrbuch des gemeinen deutschen bürgerl. Processes. §. 117. (*edit.* 2.).

71) Gönner's Handbuch des Processes. Thl. 57 Abhandl. §. 12.

heutige peinliche Proceß auf Gründen des öffentlichen Wohls beruhet [72]), welche es auch mit sich bringen, daß so viel immer möglich, kein Unschuldiger als ein Verbrecher behandelt oder gar bestraft werde [73]), daher dann mit Recht die Absicht eines Angeschuldigten unverdiente Nachtheile auf sich zu nehmen, so wie dessen Erklärung fernerer Vertheidigung sich begeben zu wollen, im Criminalprocesse keine rechtliche Aufmerksamkeit verdient [74]), und die Behauptung einer Rechtskraft peinlicher Urtheile, besonders der einem Inculpaten nachtheiligen, eine unpassende Ausdehnung der Grundsätze des Civil- auf den Criminalproceß enthalt, welche aus der irrigen Ansicht älterer Rechtslehrer, als sey letzterer nur eine Gattung des ersteren [75]) entstanden seyn mag, welche aber bei der völligen Verschiedenheit der Grundprincipien beider [76]) um so weniger zu rechtfertigen ist, je deutlicher selbst das neuere Römische Recht erklärt hat, daß die verurtheilenden Criminalentscheidungen nicht einmal durch die ausdrücklich erklärte

72) Art. 47. 150. a. E. und 214 der P. G. O. Hombergk zu Vach *Dissert. de diversa indole processus inquisitorii et accusatorii.* 1754. §. *IV.*

73) Kleinschrod's system. Entw. der Grundbegr. des peinl. Rechts. *II.* Th. §. 36. (*edit* 3.)

74) *L.* 1. §. 17. *et* 27. *D. de quaestionibus.* Art. 54. d. P. G. O. Quistorps Beiträge (*edit.* 2.) *Nr. XL.* 1. S. 601.

75) Claproth's Einleit. in sämmtliche summarische Processe. §. 3. a. E.

76) Gönners Handbuch d. gemeinen Processes. 1r. Bd. 5. Abhandlung. §. 2.

Unterwerfung des Verurtheilten, gegen fernere Anfechtung gesichert seyn sollen [77]). Die angesehensten Lehrer des peinlichen Rechts verwerfen deshalb auch die Rechtskraft, wenigstens der c o n d e m n i r e n d e n peinlichen Urtheile gänzlich [78]). Selbst aber auch dann, wenn man diese, der Natur des dem Römischen Rechte unbekannten Inquisitions-Processes so durchaus entsprechende Theorie verkennen wollte, so würde doch 2) im vorliegenden Falle der Umstand nicht zu übersehen seyn, daß jene Facultäts-Erkenntnisse, lediglich proceßleitende Verfügungen waren, welche a l s s o l c h e auch im bürgerlichen Processe keiner Rechtskraft fähig sind [79]).

§. 93.

Ohne Rücksicht auf diesen, folglich in jeder Hinsicht unhaltbaren Einwand, wird daher der Inhalt der zweiten Frage, einer genaueren Prüfung allerdings noch würdig seyn, und G r o l m a n sagt ganz

77) *L. 6. D. de appell.*

78) *J. H. B ö h m e r de sentent. in rem. jud. non trans. (t. V. exercit. ad pand. Nr. 87.)* §. 40. *K o c h institut. jur. criminal.* §. 903. *G. J. F. M e i s t e r princip. jur. criminal.* § 437. *in f. (edit. 4.) S t ü b e l progr. de opinione vulgari sentent. absolutor. in processu inquisit. simulac cum reo communic sint in rem. jud. transire eliminanda. Vitteb.* 1798. *pag.* 6 G r o l m a n n a. a. O. § 518. K l e i n 's und K l e i n s c h r o d 's Archiv des Criminalrechts. 2 Bd. Stück 3. S. 31 § 8.

79) *L. 9. C. de sentent. et interlocut. L. 14. de re judic. C. 60, X. de appellat.*

richtig, daß ein Richter, der die Specialinquisition ohne das Daseyn ihrer rechtlichen Voraussetzungen erkannt habe, dies auf seine Gefahr thue [80]). In dem vorliegenden Falle, muß nun aber den Acten gemäß behauptet werden, daß es zwar an Rechts-Gründen fehle, die Untersuchungs-Commission mit einer eigentlichen Syndicats-Klage von Seiten des Hofraths Schubert zu belangen; daß gleichwohl demselben allerdings, ein rechtlich gegründeter Anspruch auf Erstattung, wenigstens eines bedeutenden Theils der von ihm auf diesen Proceß verwendeten Kosten, gegen die Untersuchungs-Commission zustehe. Denn die eigentliche Syndicats-Klage setzt bekanntlich zum voraus, daß das mit derselben zu belangende Gericht vorsätzlich ungerecht gehandelt habe [81]); dieses in dem vorliegenden Falle aber zu behaupten, dafür ist nicht nur überall kein Grund vorhanden, sondern dagegen spricht sogar die Denunciation, welche der Landgerichts-Diener Schneider gegen den Hofrath Schubert angebracht hat, und welche durch das, freilich nicht ganz glaubwürdige, Gutachten der zuerst vernommenen Sachverständigen und durch verschiedene Rechnungs-Anstande bei der Depositenverwaltung des Hofraths Schubert, unterstützt wurde,

80) Dessen Grundsätze der Crim. Rechtswissenschaft. (*edit.* 2.) S. 843.

81) *L.* 65. *D. de judiciis.* *G. L.* Böhmer *electa jur. Civil. tom. II. exerc.* 4. §. *VII.*

besonders aber spricht dagegen noch, die Vorschrift des Leipziger Urtheils, welches auf Einleitung der peinlichen Untersuchung gegen den Hofrath Schubert erkannte.* Die Untersuchungs-Commission kann daher kein gegründeter Vorwurf der Art treffen, als habe sie aus bösem Vorsatze, den Criminalproceß wider den Inculpaten eingeleitet.

§. 94.

Dahingegen kann dieselbe den Folgen eines unvorsätzlich fehlerhaften Verfahrens, sich den Rechten nach nicht entziehen. Denn so wenig wir auch die Sorgfalt verkennen, mit welcher in späteren Zeiten die Untersuchungs-Commission in dieser Sache zu Werke gegangen ist, so mußte doch oben (S. 112. ff.) bereits umständlich gerügt werden, wie mangelhaft die frühere Vernehmung der Sachverständigen, gegen die deutliche Vorschrift der Gesetze veranstaltet worden ist, und fällt dies gleich zunächst dem Hofschultheisen Kuhn, welcher diese fehlerhafte Vernehmung dirigirt hat, allein zur Last, so war es doch eines Theils nicht zu billigen, daß die Untersuchungs-Commission eine so wichtige Handlung, wie die in Frage stehende war, nicht selbst besorgte, sondern dem gedachten Hofschultheisen übertrug *. 82), andern Theils aber läßt es sich durchaus wenigstens nicht rechtfertigen, daß man sich bei einer so illegalen, und materiell mangel-

82) Art. 72. d. P. G. O.

haften Verhandlung beruhigte und vorzüglich auf diese gestützt, dem ganzen weiteren Criminalprocesse seine Richtung wider den Inculpaten gab. — Fehlerhaft war es ferner, daß man bei der ersten Revision der Depositencasse ein so unvollständiges und unbestimmtes Protocoll, wie das bei den Acten befindliche, * aufnehmen, und dessen Beilage sogar ganz abhanden kommen ließ, somit aber die Zweifel veranlaßte, welche in den Acten * zur bedeutenden Erschwerung der Defension des Inculpaten, über die Art jener Cassenrevision auseinander gesetzt worden sind. — Unverzeihlich ist es ferner, daß man von Seiten der Untersuchungs-Commission so lange gezögert hat, durch genaue Revision des Depositenwesens den Betrag der fehlenden Summe früher festzusetzen. Denn, da dieses zur Generalinquisition mitgehört, so kann die unterlassene Aufklarung dieses Umstandes keinesweges damit entschuldigt werden, daß der Hofrath Schubert sich so lange der Einleitung des peinlichen Processes gegen seine Person (als welches schon zur Specialinquisition zu rechnen ist [83])) widersetzt habe, indem völlig unabhängig von der Person des Thäters, die Bestimmung der Größe der fehlenden Depositengelder zu bewirken war, und der Hofrath Schubert sich dieser Erörterung laut der Acten nicht entgegengesetzt hat, noch entgegensetzen konnte. — Endlich ist auch nicht zu leugnen, daß man bei Führung dieser ganzen Untersuchung,

83) s. Feuerbachs Lehrbuch d. peinl. Rechts. §. 619.

zu wenig auf die Exculpation des Angeschuldigten Rücksicht genommen habe, wie dies bereits bei Gelegenheit (z. B. S. 50. ff.) bemerklich gemacht ist.

§. 95.

Alle diese Vernachlässigungen der Pflichten eines untersuchenden Richters haben nun den Inculpaten wenigstens zu einem bedeutend grösseren Kostenaufwande gezwungen, und namentlich würde eine legale Besichtigung und Beurtheilung des Einbruchs, dieser Untersuchung von Anfang an eine ganz andere Wendung gegeben haben; daher ist daran nicht zu zweifeln, daß die Untersuchungs-Commission den Gesetzen nach verbunden sey, dem Inculpaten alle Kosten zu erstatten, welche eine Folge ihres in jenen Punkten nicht zu billigenden Verfahrens gewesen sind [84], und es kann die genannte Commission keinesweges hiervon befreien, daß drei Juristenfacultäten durch Billigung ihrer Fehler, oder vielmehr Nichtbeobachtung derselben, sich deren ebenfalls schuldig gemacht haben. — Allein so juristisch überzeugt wir auch von der Richtigkeit dieser Behauptung sind, so dürfen wir doch dem Herrn Quärenten nicht verschweigen, wie schwierig de facto, jede gegen ein Gericht anzustellende Regreßklage sey [85].

84) *L. 6. D. extraord. Cognit.* Weber von der natürl. Verbindlichkeit. §. 12.

85) Struben's rechtl. Bedenken. 2 Thl. Bed. 124. a. E.

„Untersuchungs-Sache getrieben worden, mit gu-
„tem Grunde zu befürchten steht, daß wenn die
„sämtlichen Original-Untersuchungs-Acten mit
„versendet werden, auch der letzte Streich noch
„ausgeführt, und sämtliche Originalacten — — —
„unterschlagen werden könnten, wodurch die ganze
„Untersuchung nach dem frohen Wunsche des Hof-
„raths Schubert auf einmal untergraben würde.
„Hierin gewärtige um so mehr — Willfahrung,
„als der Antrag des Hofraths Schubert um Ver-
„sendung sämtlicher Untersuchungs-Acten eine
„offenbare Chicane ist" rc.

Man wird sich hieraus leicht überzeugen, daß der Hof-
rath Schubert das unbezweifelteste Recht habe, Ge-
nugthuung für so beleidigende, und dazu so unge-
gründete Äusserungen, zu begehren.

§. 98.

Was hingegen den ersten Theil jener dritten
Frage betrift, so bezweifeln wir zwar ebenfalls nicht,
daß eine auf Genugthuungs-Leistung gerichtete Klage
des Hofraths Schubert gegen den gedachten Landge-
richts-Diener Schneider schon wegen der Art *) wie
letzterer in den früheren Acten seine Denuntiation gegen
ersteren angebracht, und betrieben hat, an und für
sich begründet, dieselbe auch dadurch nicht elidirt sey,
daß der Hofrath Schubert dem Fürsten-Bischoff münd-
lich und dann in einem, auf dessen Befehl anonym

entworfenen Aufsatze den gedachten Schneider als des an den landgerichtlichen Depositen verübten Diebstahls verdächtig, angezeigt hat. Denn nicht jeder Denunciant begründet schon durch die Denunciation, eine Satisfactions-Klage auf den Fall gegen sich, wenn der Denunciat nicht überführt werden sollte, sondern nur die Art und Weise, wie dieselbe abgefaßt ist, oder die Kenntniß von deren Unwahrheit, welche der Denunciant etwa gehabt hat, kann dazu eine gerechte Veranlassung geben [86]. Nun war aber die Denunciation des Hofraths Schubert weder auf eine beleidigende Art abgefaßt, noch auch mit unwahren Thatsachen angefüllt, sondern ist durch Zeugenaussagen unterstützt, und vom Gerichte so beschaffen gefunden, daß man zur Detention des Schneiders schreiten zu können, geglaubt, denselben auch bis jetzt nur von der Instanz entbunden, folglich ihn noch nicht [87] als einen erwiesenen Unschuldigen betrachtet hat; wie dann auch in der That, die Acten nur das non liquet! in Rücksicht seiner begründen, und keine eigentliche Beweise seiner Unschuld enthalten. Je mehr Veranlassung nun der Hofrath Schubert, seines öffentlichen Amtes wegen, zu einer solchen Denunciation, die Entwendung der ihm anvertrauten Depo-

86) *Wernher parte VI. observat.* 282. *et Pte. VII. obs.* 56. Bauer's Grunds. des Criminalprocesses. §. 86.

87) Kleinschrod's Abhandl. aus dem peinl. Rechte und Proc. *I.* Th. S. 154. *Nr. VIII.*

sitengelder betreffend, unverkennbar hatte, desto weniger würde er auch folglich deshalb zu einer Genugthuungs-Leistung verpflichtet seyn.

§. 99.

Allein, innerhalb dieser Schranken, hat sich derselbe nachher, da die Untersuchung gegen ihn gerichtet wurde, nicht mehr so ganz gehalten, sondern auch nach der erfolgten Entbindung des Schneiders von der Instanz neue Anzeigen gegen denselben angebracht, Zeugen deshalb vorgeschlagen, eine Augenscheins-Einnahme veranlaßt, und den Verdacht einer während der Civildetention von demselben verübten Entwendung aus der nichterbrochenen Kiste, auf ihn zu wälzen gesucht, ohne daß zu dieser letztgedachten Anschuldigung ein hinreichender Grund vorhanden war. *

Wenn wir daher auf dasjenige auch keine Rücksicht nehmen, was in den Defensionsschriften des Hofraths Schubert gegen gedachten Schneider, nicht auf die glimpflichste Art vorgebracht worden ist, * und ohne zu erörtern, ob gegenseitige aussergerichtliche Diffamationen vorgefallen seyen, * so müssen wir dennoch allerdings bezweifeln, ob eine Klage des Hofraths Schubert auf Genugthuung wegen der vom Schneider angebrachten Denunciation, dem Vorwurfe der Compensation entgehen werde.

Was aber den zu fordernden Schadens-Ersatz anlangt, so wird gewissermaßen auch dabei die eben

gedachte Compensation, noch weit mehr aber 1) der Umstand in Betracht kommen, daß es dem Landgerichts-Diener Schneider weit weniger zur Last fällt, wenn er einen fingirten Einbruch in die landgerichtlichen Depositenbehältnisse, gegen seine frühere Behauptung * als juristisch erwiesen annahm, da hierauf die Untersuchung gegen ihn selbst gebauet, und von dem Hofrathe Schubert solcher Umstand in seiner Denunciation, als wahr angeführt worden war. *

Unter Voraussetzung eines solchen Blendwerks aber, waren unter den in Schneiders Denuntiation enthaltenen Anzeigen doch allerdings einige, denen man bei einem fingirten Einbruche nicht alle Wahrscheinlichkeit würde haben absprechen können, wenn daher 2) hierauf auch die Specialinquisition gegen den Hofrath Schubert ihrer wesentlichen Beschaffenheit nach erkannt worden ist, * so wird ebenfalls eine Klage auf Schadens-Ersatz, von dem Hofrathe Schubert gegen den oftgenannten Schneider nicht begründet werden können [88]), wenn gleich einzelne, als Indicien von diesem Denuntianten angeführte Thatsachen, seiner eigenen Überzeugung zuwiderlaufend gewesen seyn müssen, * denn wegen dieser wird ehe eine öffentliche Bestrafung des Schneiders (worauf aber obige Frage nicht gerichtet ist) als eine Entschädigung des Hofraths Schubert begründet werden können, indem solche Unwahrheiten allein, die Untersu-

88) *Wernher* sel. VII. obs. 56.

chung nicht veranlaßt, mithin weniger eigenthümlichen Schaden verursacht haben, welcher sich gegen das vorhin (S. 154.) bemerkte, ebendaher leicht, vermittelst der Compensation, aufheben wird.

§. 100.

Wir halten demnach folgende Beantwortung obiger dritten Frage für den Rechten gemäß:

daß gegen den Landgerichts-Diener Schneider, von dem Herrn Hofrathe Schubert zwar eine Klage auf Genugthuung oder Schadens-Ersatz, wegen falscher Denuntiation oder Anklage, den Acten nach, nicht statt finde; daß hingegen wegen der, besonders in den letzteren Exhibitis des genannten Schneiders enthaltenen Schmähungen und positiven Anschuldigungen, eine Injurienklage des Herrn Hofraths Schubert gegen denselben rechtlich allerdings begründet sey.

§. 101.

Was hiernächst eine uns ferner vorgelegte und dahin lautende

vierte Frage

Ob die Untersuchungs-Commission wegen des Vorwurfs, welchen ihr der Herr Hofrath Schubert über Vernachlässigung seiner Vertheidigung, und wegen des von ihr dem Landgerichts-Diener Schneider nachgesehenen Schimpfens, in den Acten gemacht

hatte, berechtigt gewesen sey einen solchen Antrag auf Ahndung und Satisfaction zu machen, wie ihn das Schreiben an die Juristenfacultät zu Landshut * enthält, und ob jener Vorwurf nicht vielmehr actenmäßig gegründet sey?

anlangt, so muß manche, bisher bereits unvermeidlich vorgekommene, Critik des Verfahrens der Untersuchungs-Commission, allerdings eine dem Herrn Hofrathe Schubert günstige Beantwortung dieser Frage nach sich ziehen. Denn, da es einem jeden Defensor, folglich auch dem sich selbst vertheidigenden Inculpaten, durchaus nicht versagt werden kann, zur Sache gehörigen und bescheiden ausgedrückten Tadel des gerichtlichen Verfahrens freimüthig vorzutragen [89], der Hofrath Schubert aber in der Art seines Vortrags überall nicht gefehlt, sondern sich selbst in dem an die Untersuchungs-Commission überall nicht gerichteten Gesuche, * so wie in seinen Defensions-Schriften einer geziemenden Schreibart in Hinsicht der Untersuchungs-Commission bedient hat, mithin in der Form, von ihm keine Beleidigung derselben begangen seyn kann, indem namentlich auch die Erklärung, Inculpat verspreche sich keine vollkommene Unpartheilichkeit von der gedachten Commission, bekanntlich nichts eh-

89) C. F. G. Meister's Abhandlung des peinlichen Processes. S. 266. ff. *J. H. Böhmer Consultationes. tom. II. resp.* 1147. *n.* 6. *et* 9. Quistorp's Grundsätze des peinlichen Rechts. §. 659. Herrmann's Versuch einer näheren Anleitung zu gründlicher Abfassung der Defensionsschriften. §. 14.

renkränkendes an und für sich enthält [90]), so ist nur allein zu untersuchen übrig, ob sein Tadel offenbar grundlos gewesen sey, mithin in der Sache selbst eine Beleidigung des Gerichts liege?

§. 102.

Nun darf man aber nur bedenken, daß das Gericht, ungeachtet der dem Landgerichts-Diener Schneider bereits ertheilten Weisungen,* dennoch einen so beleidigenden Aufsatz, wie der oben (S. 151.) extrahirte ist, ohne alle Rüge zu den Acten genommen hat,* und die Klage des Hofraths Schubert über Nachsicht des Gerichts gegen das Schimpfen des Landgerichts-Dieners Schneider bewährt und rechtfertigt sich schon hieraus allein vollständig, ohne daß wir auf den Inhalt des Schneiderischen Nachtrags* aufmerksam zu machen brauchen. — Sein zweiter Vorwurf über vernachlässigte Rücksicht auf seine Vertheidigung aber, ist nach Lage der Acten, eben so wenig zu bezweifeln. Wir dürfen zu dem Ende, nicht nur an die an mehreren Stellen deshalb bereits in dem Obigen eingeschalteten Bemerkungen erinnern (S. 43. 50. u. a. m.), sondern auch, das einander so geradezu entgegengesetzte Resultat der neuen, legal angestellten, Besichtigung des Einbruchs und der älteren, mangelhaft eingeleiteten, wiederholt anführen (S. 112. ff.), wodurch erst nach dreizehn

90) *Mevius pte. I. decis. 51.*

Jahren eines der wichtigsten Defensions-Momente für den Inculpaten zu den Acten gekommen ist, nicht weniger, auch die Weigerung des Gerichts, das oben (S. 18 a. E.) bemerkte Erbieten der Pönitenten * anzunehmen, herausheben, indem das hierdurch verhinderte eidliche Verhör der Restituenten, kein so unbedeutendes Defensions-Moment gewesen seyn würde, wozu es in den Urtheils-Gründen * hat gemacht werden wollen, besonders wenn man vor der Beeidigung, durch genaues Befragen um das erbrochene Locale und andere Nebenumstände, sich überzeugt hätte, hier seyen Umstände angegeben, welche kein Unschuldiger wissen könne. Denn, es ist bekannt, daß unter begleitenden sonstigen Wahrscheinlichkeits-Gründen, auch weniger taugliche Zeugen einigen Werth für die Defension eines Angeschuldigten haben können [91].

§. 103.

Wir müssen daher, bei aller Achtung gegen die Untersuchungs-Commission, und ungeachtet wir die, besonders in den letzteren Jahren, bewiesene Sorgfalt derselben, diese Untersuchung gebührend zu instruiren keinesweges verkennen, dennoch des rechtlichen Dafürhaltens seyn,

daß die gedachte Untersuchungs-Commission keinen Grund gehabt habe, auf eine Ahndung der ihr

91) *de Cramer opuscula. tom. 4. pag.* Quistorp a. a. O. §. 653.

von dem Herrn Hofrathe Schubert gemachten Vorwürfe anzutragen, und daß dieser deshalb nichts zu besorgen habe.

§. 104.

Endlich, ist dann auch noch über folgende

Fünfte Frage

von uns ein Gutachten begehrt:

Ob der dem Hofrathe Schubert in den Acten verschiedentlich gemachte und sogar unter die Indicien mitaufgenommene Vorwurf einer geflissentlichen Verzögerung seines Untersuchungs-Processes, für gegründet anzusehen, und nicht vielmehr derselbe durch dasjenige gänzlich beseitiget sey, was hierüber in * den Acten von gedachtem Herrn Hofrathe vorgetragen worden?

Zu leugnen ist es durchaus nicht, daß die ausserordentlich lange Dauer dieses Untersuchungs-Processes, zum Theile auch dadurch veranlaßt worden sey, daß der Hofrath Schubert sehr geräumige Fristen zu Beibringung seiner Vertheidigungs-Schriften gebraucht und oft um Aussetzung der Verhörs-Termine gebeten hat. Auch scheint man eine gleiche Wirkung mit Recht, seiner an das Kaiserliche und Reichs-Kammergericht gebrachten Beschwerde, seinem Antrage um Abhörung des Hof-Kammerraths Herzing, seinem Widerspruche gegen die Entsiegelung der Depositen-

Protocolle, seinem Begehren die Acten an eine Juristenfacultät über die Frage, ob nach geschehener Restitution die Untersuchung dennoch fortzusetzen sey, und endlich der Beschwerde zuzuschreiben, welche derselbe an die oberste Justizstelle deshalb ergriffen hat, weil das Feuerbachische Rechtsgutachten in dieser Sache den versendeten Acten nicht nachgeschickt werden sollte. Ja man hat besonders die hier namentlich aufgeführten Schritte des Hofraths Schubert als Zeichen seiner Verzögerungs-Absicht betrachtet.

§. 105.

Allein, wir können 1) nicht umhin, einen weit größeren Antheil an der Verzögerung dieser Sache der Untersuchungs-Commission und den Urtheils-Verfassern selbst beizumessen. Denn auffallend ist es gar sehr, daß man so oft die angestellten Verhöre mitten in einer wichtigen Erörterung darum abgebrochen findet, weil die Sitzungs-Stunde verlaufen gewesen seye. * Offenbar vermengte man hier wieder den Civil- und Criminalproceß mit einander (wie das so oft in diesen Acten geschehen ist), denn, da die Gesetze ausdrücklich gebieten, in eiligen Criminalsachen sogar die zum Gottesdienste bestimmten Feiertage zur Untersuchung mit anzuwenden [92]), so kann der Ablauf der Sessions-Stunde nie einen Grund abgeben, mitten in einer unbeendigten, zusammenhängenden Aufklä-

92) *L. 10. C. de feriis.*

rung eines einzelnen Thatumstandes abzubrechen. Eben so wenig der Natur des peinlichen Processes angemessen, war es, wenn die untersuchende Commission durch solche Anträge des Inculpaten, wie zum Beispiele den Hof-Kammerrath Herzing abzuhören, sich von aller Fortsetzung der Untersuchung gegen den Hofrath Schubert, obendrein aus eigenem Antriebe abhalten ließ. Konnte und mußte dann nicht nebenher der Grund oder Ungrund der gegen diesen Inculpaten vorgebrachten Anzeigen ebenfalls aufgeklärt werden? Konnte man nicht gleichzeitig gegen zwei, als verdächtig betrachtete, Personen die Untersuchung fortführen? Und mußte man dann nicht auf jeden Fall die Größe des Schadens ausmitteln? Es ist daher lediglich die Schuld der Untersuchungs-Commission, wenn hierdurch eine Zögerung eingetreten ist; denn der Hofrath Schubert hatte nicht einmal darum gebeten, das Verfahren gegen ihn so lange zu sistiren. — Bedenkt man hiernächst, daß die Acten über zwei volle Jahre lang nach Jena verschickt gewesen sind, daß sie in Landshut ebenfalls ein Jahr lang gelegen haben; daß ferner die Mannigfaltigkeit der Thatsachen, auf die es hier ankommt, jede Bearbeitung der Sache erschweret, und daß endlich die vielfachen Dienstgeschäfte, welche der Hofrath Schubert noch während dieses gegen ihn eingeleiteten Verfahrens stets zu besorgen gehabt hat, * seine Zeit gar sehr beschränkten; so darf und wird man es auch nicht auffallend

finden, wenn er zu Einbringung so voluminöser Defensions-Schriften, wie die * bei den Acten befindlichen sind, selbst halbjährige Fristen brauchte.

§. 106.

Am allerwenigsten aber, ist 2) dafür Grund in den Acten vorhanden, ihn einer geflissentlichen Verzögerung der Sache zu beschuldigen. Denn selbst die Rechtsmittel, deren er sich zwei Male bedient hat, sind keineswegs ein Beweis, daß er nur Zeit zu gewinnen gesucht habe. Schon der einzige Umstand, daß durch das von Landshut eingeholte Urtheil, die so äusserst wichtige abermalige Besichtigung der erbrochenen Kiste und Thüren durch Kunstverständige verordnet ist, rechtfertigt seinen Antrag auf diese Actenversendung völlig; und ebendaher, hatte der Hofrath Schubert Grund genug, das so voreilige Urtheil der Juristenfacultät zu Leipzig in seiner Beschwerde an das Reichs-Kammergericht anzufechten. Ohnehin aber kann es einem peinlich Angeschuldigten niemals einen größeren Verdacht zuziehen, wenn er seines Rechts, gegen Einleitung des peinlichen Verfahrens wider ihn eine Defension zu führen, sich (wiewohl vergebens) bedient. Wie oft bewährt nicht die Fortsetzung der Sache, dennoch seine Unschuld? Auch die gegenwärtige Untersuchungs-Sache ist ein neuer Beleg für diesen Erfahrungs-Satz. Indem wir daher, auch den, in der Frage selbst angeführten, Deductionen der Entschuldigungs-Gründe des Herrn Hofraths Schubert, unsern

Beifall im Ganzen genommen nicht versagen können, geht unsere in Rechten gegründete Meinung über diese Frage dahin:

Daß zwar auch der Hofrath Schubert die besonders lange Dauer dieses Untersuchungs-Processes, zum Theile verschuldet habe, indessen bei den ihm zu Statten kommenden Entschuldigungs-Gründen, seine Zögerung keinesweges für eine geflissentliche gehalten werden könne.

Alles von Rechtswegen.

II.

Erörterung eines merkwürdigen Successions-Falles: vorzüglich I) über die Collision der Gesetze in Erbschafts-Fällen, und II) über die stillschweigende Anerkennung eines als ungültig bestrittenen Testamentes [1]).

§. 1.

Geschichts-Erzählung.

Von den dreien Brüdern, A. B. und C. Grafen von D., haben der Erste und Dritte gar keine Descendenz hinterlassen; der Zweite hingegen erzeugte mit seiner Gemahlin D. von G. fünf Kinder, nämlich zwei Söhne E. (der jetzige Beklagte) und F., und drei Töchter G. H. und J.

Nach dem Tode dieses zweiten Bruders B. verheirathete sich dessen nachgelassene Wittwe, gedachte D. von G., im Jahre 1784 zum zweiten Male mit ihrem bisherigen Schwager, dem dritten Bruder, Grafen C. von D. Bei dieser Gelegenheit errichtete sie

1) Auch dieses Gutachten ist in der Hauptsache unverändert abgedruckt.

zuerst ein Testament, und sechs Tage nachher Ehepacten, letztere „mit Zuziehung und Einwilligung des „ältesten Bruders, A. von D., als ein unwiderrufliches Negotium inter vivos." In dem Testamente verordnete sie ausser andern, nicht hierher gehörigen Bestimmungen, daß, da ihre Söhne Hoffnung hätten, von den beiden Oheimen A. und C. höchst ansehnliche Fideicommisse zu erben, sie dagegen in Ansehung des elterlichen Vermögens zum Besten der Töchter nur auf den Pflichttheil gesetzt seyn sollten. Und in den Ehepacten wiederholte sie nicht nur diese Verordnung in Ansehung des Pflichttheils, sondern übertrug auch, unter Vorbehalt des Nießbrauches und der Administration auf Lebenslang, das Eigenthum ihres gesamten Vermögens auf ihre Töchter, und fügte noch besonders im 7ten Artikel hinzu:

„Auch genehmigen die Herren Oheime die fernere „Bedingniß, daß, wo die Grafen E. und F. so „glücklich sind, die zu Gunsten ihrer errichteten von „D.schen Geschlechts-Fideicommisse als Fideicommiß-Erben anzutreten, alsdenn dieselben durch „den Antritt des Fideicommisses auf den Pflichttheil zu Gunsten der Fräulein Töchter ipso facto „verzichten."

§. 2.

Fortsetzung.

Wirklich hatte auch schon der erste Bruder, A. von D., welcher große Güter, theils auf dem rechten,

theils auf dem linken Rheinufer besaß, im Jahr 1782 ein Familien-Fideicommiß zum Besten seiner Neffen und des gesamten von D.schen Manns-Stammes errichtet, und wiederholte dasselbe bald nach diesen Ehepacten in einer noch weiter ausgedehnten Disposition vom Jahr 1785. Dieser aber substituirte derselbe endlich am 14. Junius 1792 eine dritte und letzte testamentarische Verordnung, die in der äussern Form den Rechten durchaus gemäß ist, und auf welche jetzt der beklagte Graf E. von D. seine Ansprüche baut.

Im ersten Artikel dieses Testaments ernennt der Testirer, Graf A., zu seinem Universalerben den Grafen E. von D., im zweiten belegt er sein gesamtes Vermögen mit einem ewigen Familien-Fideicommisse zum Besten des von D.schen Manns-Stammes, mit dem weitern, in Beziehung auf die gleiche Disposition des dritten Bruders C. im neunten Artikel gemachten Zusatze, daß beständig in der Familie zwei Linien, die eine, als Inhaberin seines Nachlasses, und die andere, als Inhaberin des Nachlasses seines Bruders C. existiren sollten, und schreibt endlich im zehnten Artikel vor:

„Ich will und befehle überdem, daß mein erster
„Fideicommißerbe, Graf E. von D., bei dem An-
„tritte des Fideicommisses auf seine väterliche und
„mütterliche Erbschaft völlig verzichten, und nie
„den Pflichttheil anbegehren solle, wie dann, wo
„dieser Verzicht nicht geleistet würde, das Factum

„des Antritts der Fideicommiß-Erbschaft statt des
„Verzichtes geachtet, und hiermit erkläret wird."

§. 3.

Fortsetzung.

Indessen hatte auch schon der dritte Bruder und nunmehrige Stiefvater der fünf Geschwister, Graf C. von D, im Jahr 1787 ein ähnliches Testament errichtet, worin er gleichfalls sein gesamtes Vermögen mit einem ewigen Familien-Fideicommisse zum Besten des von D'schen Manns-Stammes belegt, und zum ersten Fideicommiß-Erben, in Ermangelung eigener männlicher Descendenz, seinen Neffen und Stiefsohn, den Grafen F., ernennt, dem er es dagegen zur Pflicht macht, auf alle übrigen Familien-Güter, und namentlich auf die, welche das andere Fideicommiß bilden, Verzicht zu leisten, mit der gleichen Clausul:

„Daß, falls dieser Verzicht nicht geleistet werden
„würde, die Antretung seiner Fideicommiß-Erb-
„schaft dessen Stelle vertreten, und für einen sol-
„chen Verzicht gehalten und erklärt werden solle."

§. 4.

Fortsetzung.

In dieser Lage der Sache starb zuerst der eben gedachte dritte Bruder, Graf C. von D., im December 1797 zu einer Zeit, wo die neuen Französischen Successions-Gesetze vom 17. Nivose des Jahrs 2.

auf dem eroberten linken Rheinufer noch nicht publicirt waren; der von ihm ernannte Fideicommiß-Erbe, Graf F. von D., gelangte daher zum ruhigen Besitze der gesamten Verlassenschaft.

Bald darauf aber, am 17. Floreal des Jahrs 6. wurden durch eine eigene Verfügung die eben gedachten Gesetze auch auf die vier Departements des linken Rheinufers ausgedehnt, in deren erstem und neuntem Artikel verordnet wird:

Les institutions contractuelles et toutes dispositions à cause de mort, dont l'auteur est encore vivant, ou n'est décédé que le 14. Juillet 1789 ou depuis, sont nulles, quand même elles auraient été faites antèrieurement. — Les successions des pères, mères ou autres ascendants, ou des parens collateraux, qui souvriront à l'avenir, seront partagées également entre les enfans, descendans ou heritiers en ligne collaterale, non obstant toutes lois, coutûmes, donations, testamens et partages déja faits;

und erst nachher am 29. Mai 1799 (10. Prairial des Jahrs 7) stirbt der jetzige Erblasser, der Graf A. von D.

Sechs Tage darauf wird sein Testament publicirt. Der ernannte Universalerbe Graf E. von D. agnoscirt dasselbe in seinem ganzen Umfange, und bittet um schleunige Einweisung in den Besitz des Nachlas-

ses, welchen er auch seitdem an beiden Rheinufern ruhig erlangt hat. Der gleichfalls gegenwärtige Gemahl der Schwester G. von D. Freiherr von L. erklärt Namens seiner Gemahlin, daß er gleichfalls das eröffnete Testament nach seinem ganzen Inhalte anerkenne, und dem Gesuche des eingesetzten Erben beistimme: doch mit der Clausel: Salvis eventualiter reservandis ulterioribus. — Die andere Schwester H. hingegen läßt durch einen Bevollmächtigten erklären:

> daß sie zwar das Testament ihres Oheims in soweit anerkenne, als es mit keinem sichtbaren Mangel behaftet sey, dabei aber keineswegs die Absicht habe, für sich und ihre Nachkommen auf alle ihr etwa gegen die fideicommissarische Disposition selbst zuständigen Rechte zu verzichten, sondern vielmehr sich diese sowohl für jetzt als künftig ausdrücklich vorbehalte.

§. 5.

Fortsetzung.

Da nun auf diese Weise die Mutter D. von G. ihre beiden Söhne mit den von beiden Oheimen für sie bestimmten Fideicommiß=Erbschaften wirklich versorgt sah, indessen aber seit den oben (§. 1.) erwähnten, von ihr errichteten Testamente und Ehepacten, mit den übrigen Kindern sich einige Veränderungen ereignet hatten, und besonders die Tochter J. mit Hinterlassung eines Sohnes, K. von S. gestorben

war; so machte dieselbe im Februar 1800 noch ein neues Testament, worin es im sechsten Artikel heißt:

„Da in den mehrberührten Ehepacten bedungen ist, „daß meine beiden Söhne durch den Antritt ihrer „Fideicommiß-Erbschaften auf den Pflichttheil zu „Gunsten der Fräulein Töchter ipso facto verzich-„ten; so ist diese Verordnung nach der Absicht je-„ner Ehepacten, wodurch meine weiblichen Kinder „und ihre Erben aus meinem mürterlichen Vermö-„gen versorgt werden sollten, indem meine Söhne „durch die ansehnlichen Fideicommiß-Erbschaften so „sehr begünstiget worden, auf die geänderten Ver-„hältnisse nunmehr also anzumessen: daß der von „meinen Söhnen zu leistende Verzicht nunmehr zu „Gunsten meiner beiden Töchter G. und H., wie „auch meines Tochtersohnes K. von S. zu drei „gleichen Theilen geschehe; und ist diese, aus der „Natur der Sache abgeleitete Erklärung zugleich „mein ausdrücklicher Wille, und meine mütterliche „Verordnung.“

§. 6.

Fortsetzung.

Zehn Monate nachher im December 1800 starb sie, und die von ihr ernannten Erben verlangten nunmehr von dem jetzigen Beklagten, dem Grafen E., eine Erklärung über das mütterliche Testament, und als derselbe diese abzugeben zögerte, erließen die Tochter H. und der Graf von S. als Vater des unmündigen

Enkels K. von S. im Junius 1801 ein Schreiben an den zur Versiegelung und Inventirung der mütterlichen Erbschaft ernannten Commissarius, worin sie sich über diese Zögerung beschweren, und unter andern sagen:

„Je weniger der Graf E. nach der bekannten und „actenmäßigen Verzichtleistung auf die mütterliche „legitima Grund hat, irgend eine Ausstellung an „dem mütterlichen Testamente zu machen, desto „mehr muß es uns Wunder nehmen, daß er mit „Erklärung seiner Zustimmung zu diesem Testamente „so sehr zögert. Wir sehen uns demnach, da alle „gütliche Verwendung fruchtlos ist, genöthiget, Ew. „zu ersuchen, die Sache in möglichster Bälde an „die Regierung gelangen zu lassen, damit der Graf „E. angehalten werde, seine Erklärung sub poena „agniti vordersamst abzugeben. — — — — „Wir wiederholen unsere Bitte der Regierung ge„genwärtiges Gesuch zugehen zu lassen, welches „auch unser Bruder F. und unsere Schwester G. „genehmigen, jedoch mit Vorbehalt unserer Rechte."

Der Commissarius erstattete hierauf auch einen Bericht an die Regierung zu X. und diese setzte dem Grafen E. eine Frist, binnen welcher er sich über die Agnition des mütterlichen Testaments sub poena agniti zu erklären habe, und nach deren Ablauf wurde durch ein förmliches Urtheil:

„die mütterliche Testaments-Disposition rücksicht-
„lich des Grafen E. von D. in contumaciam pro
„agnita erkannt.“

§. 7.

Proceßgeschichte.

Zu gleicher Zeit aber, während die übrigen Geschwister den Grafen E. auf diese Weise von dem gesamten mütterlichen Vermögen ausschlossen, nahmen sie dem ungeachtet auch, gestützt auf die oben (§. 4.) angeführten französischen Gesetze, den Nachlaß ihres Oheims A. von D., so weit derselbe am linken Rheinufer belegen ist, in Anspruch. Zuerst bewirkten sie nämlich im April 1801 durch ihre wiederholten Protestationen und Reservationen bei der Inventur, einen Beschluß des Hofraths-Collegiums zu M.:

daß im Inventario auch der Ansprüche gedacht werden solle, welche in Ansehung der jenseits des Rheins gelegenen Güter auf die Intestatsuccession gemacht worden seyen. —

Sodann erwirkten sie im Junius 1801 eine Ladung des Grafen E. vor die französische Vergleichs-Commission zu G., und als hier kein Vergleich zu Stande gebracht werden konnte, brachten sie ihre Klage bei dem Civiltribunal des Departements von D. vor.

Als Kläger traten hier die beiden Schwestern G. und H. und der Graf von S. in väterlicher Gewalt seines unmündigen Sohnes K. von S. auf, und rich-

teten ihren Anspruch auf drei Fünftel aller zum Nachlasse ihres Oheims und resp. Großoheims A. von O. gehörigen, auf dem linken Rheinufer belegenen, beweglichen und unbeweglichen Güter cum fructibus perceptis et percipiendis, weil die Succession in Ansehung dieser Güter nach dem französischen Gesetze vom 17. Nivose des Jahrs 2. (§. 4.) beurtheilt werden müsse, nach welchem das Testament des Erblassers ungültig sey, und lediglich die Intestat=Erbfolge eintrete.

Der beklagte Graf E. von O. hat anfänglich exceptionem fori incompetentis vorgeschützt; allein das Tribunal hat diese unterm 3. Julius 1802 verworfen, und unterm 10. desselben Monats in contumaciam condemnatorisch erkannt. Gegen beide Urtheile hat der Beklagte an das Appellations=Gericht zu T. appellirt, wo zwar das erste Competenz=Urtheil bestätigt, hingegen das zweite Contumacial=Erkenntniß, wegen Mangels der Form unterm 28. August 1805 für nichtig erklärt worden ist, und also jetzt die Hauptsache zur endlichen Entscheidung des Appellations=Gerichtes steht.

§. 8.

Inhalt der aufgestellten beiden Fragen.

Hier hat der beklagte Graf E. ausser andern Vertheidigungs=Gründen sich vorzüglich darauf berufen, daß dieser Successions=Fall, da der Erblasser ein

Deutscher gewesen, vielmehr nach deutschen Gesetzen beurtheilt werden müsse, daß aber, wenn man denselben auch nach französischen Gesetzen beurtheilen könnte, die Kläger doch sich des ihnen aus diesen zustehenden Successions-Rechtes durch die erfolgte ausschließende Zueignung der mütterlichen Erbschaft vollständig begeben hätten. — In Beziehung hierauf hat der Herr Beklagte unserer Facultät die zwei Fragen vorgelegt:

I) Ob dieser Rechts-Streit einzig nach den im Wohnorte des Erblassers geltenden deutschen Gesetzen, oder vielmehr nach den Gesetzen der verschiedenen Länder, wo die Erbschafts-Güter belegen sind, beurtheilt werden müsse?

und

II) Ob die von Seiten der klagenden Geschwister erfolgte ausschließende Zueignung und alleinige Vertheilung der mütterlichen Verlassenschaft für eine stillschweigende Entsagung auf die Erbschaft ihres Oheims des Grafen A. von O. zu halten sey, oder nicht?

§. 9.

Beantwortung der ersten Frage. — Die Succession kann nicht nach den *in foro rei sitae*,

Ueber den Rechtssatz, welchen die erste Frage betrift, ist bekantlich schon seit langen Zeiten von den berühmtesten Rechts-Gelehrten gestritten worden, und

die ehemals von der größern Anzahl vertheidigte, und in gerichtlichen Erkenntnissen gewöhnlich befolgte Meinung, gieng dahin, daß die Succession wenigstens in Ansehung aller Immobilien, nach den Gesetzen des Landes beurtheilt werden müsse, worin dieselben belegen seyen [2]).

Diese Meinung beruhet aber einzig darauf, daß Immobilien bloß unter den Gesetzen des Landes stehen, in welchem sie liegen; ein Grundsatz, welcher, wenn er gleich an sich seine vollkommene Richtigkeit hat, und bei Beurtheilung einer successio singularis in einzelne Güter von eigenthümlicher Natur, wie z. B. Lehn-, Stamm-, oder Bauer-Güter allerdings entscheidend ist [3]), dennoch sehr unpassend auf die Entscheidung der vorliegenden Frage angewendet wird, wo nicht von einer solchen successio singularis, sondern von einer successio universalis in eine eigentliche hereditas die Rede ist. Denn bei dieser ist nach der Natur der hereditas als einer universitas

2) *Lauterbach Colleg. Pandect. tit. de success. juris noviss.* §. 52—55. — *Sande Decis. Fris. l.* 4. *tit.* 8. *def.* 7. — *Huber Praelect. ad Pandect. l.* 1. *tit.* 3. §. 15. — *Voet Comment. ad Pandect. l.* 38. *tit.* 17. §. 34. — *Berger Oecon. jur. lib.* 2. *tit.* 4. *th.* 46. *not* 6. — *Stryk Success. ab intest. diss.* 1. *cap.* 4. §. 23.

3) Bei Lehn ist freilich auch noch streitig, ob nicht vielmehr auf das sogenannte *jus curiae* zu sehen sey. — *Böhmer Elect. jur. feud. T.* 1. *ex.* 1. §. 17. — *Cramer O. J. U. T.* 2. *obs.* 578.

juris [4]), die Frage durchaus nicht, wer diese oder jene einzelne Güter haben, sondern wer als Erbe in den Platz des Verstorbenen und den Inbegriff aller seiner Rechte und Verbindlichkeiten eintreten solle: nihil enim aliud est hereditas, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit [5]). Diese hereditas, als eine res incorporalis bei deren Begriffe es auf ihre einzelnen Bestandtheile gar nicht ankömmt [6]), darf daher mit den einzelnen körperlichen Sachen, die sich etwa in ihr befinden, auf keine Weise verwechselt werden: bonorum enim appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac jus successionis, et non singulares res demonstrat [7]); sondern eben so gut, wie man das jus obligationis von den Sachen, die das Object der Forderung machen, oder das jus ususfructus von den rebus in usumfructum datis unterscheidet, muß man auch die hereditas von den singulis rebus in hereditate unterscheiden [8]). Die rechtlichen Verhältnisse, für die hereditas qua talis, dürfen demnach durchaus nicht

4) *L. 50. pr. D. de heredit. petit. l. 119. L. 178. §. 1. D. de verbor. significat.*

5) *L. 24. D. de verbor. significat. L. 62. D. de regulis juris. L. 3. pr. D. de bonor. possession.*

6) *L. 3. pr. §. 1. D. de bonor. possession.*

7) *L. 208. D. de verbor. significat.*

8) *§. 2. J. de rebus corporal. et incorpor. L. 1. §. 1. D. de rerum divis.* — Huber *Digress. Justinian. P. 1. lib. 4. cap. 28.*

nach den Rechts-Verhältnissen bestimmt werden, welche für die einzelnen zu ihr gehörigen Sachen an und für sich gelten, da diese hiebei für sich allein gar nicht, sondern nur als ein Theil der universitas juris in Betracht kommen, und ihr Eigenthum sich daher einzig nach dem der Erbschafts-Masse richtet [9]. Es kann folglich auch die Frage von der Succession in die Güter eines Verstorbenen, durchaus nicht für jede einzelne Sache besonders nach den Gesetzen beurtheilt werden, unter denen diese einzelnen Sachen stehen, sondern es muß dieselbe für die gesamte Erbschaft auf einmal, nach solchen Gesetzen entschieden werden, die für die ganze Masse gelten, und da diese, als eine res incorporalis nirgends belegen heißen kann [10]; so kann auch gar nicht einmal davon die Rede seyn, die Succession in eine eigentliche Erbschaft aus den in foro rei sitae geltenden Gesetzen zu entscheiden.

§. 10.

sondern nur nach den im Wohnorte des Erblassers geltenden Gesetzen beurtheilt werden.

Dieselbe kann daher einzig durch die im Wohnorte des Erblassers geltenden Gesetze bestimmt werden, de-

9) *L. 1. D. de bonor. possession.*

10) Soll sie durchaus irgendwo belegen seyn, so kann einzig der Wohnort des Eigenthümers für den Ort ihrer rechtlich fingirten Belegenheit gelten, und das führt denn auf dasselbe Resultat wie die Darstellung des folgenden §. — F. A. Meißner Darstell. der Lehre vom Pfandrechte, Th. 1. §. 23. pag. 40.

nen derselbe für seine Person unterworfen war. Denn alle Rechts-Verhältnisse, die das gesamte Vermögen einer Person als Einheit betreffen, müssen sich immer nach den Gesetzen richten, unter welchen die Person selbst steht, sowohl weil dasselbe nur durch die Beziehung auf die Person des Eigners zu Einer Sache wird, und daher mit dieser in der genauesten Verknüpfung steht: als auch weil es möglicher Weise keine andere Gesetze geben kann, die für das gesamte Vermögen, und alles was dazu gehört, durchgreifende Gültigkeit hätten. Wie daher z. B. die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft sich nach den im Wohnorte der Eheleute geltenden Gesetzen richtet [11]), so muß auch die Vererbung des gesamten Vermögens sich nach den im Wohnorte des Erblassers geltenden Gesetzen richten, und das um so mehr, da die Erbschaft bekanntlich die Person des Verstorbenen repräsentirt [12]), mithin auch unter den Gesetzen stehen muß, unter welchen der Verstorbene stand. — Daß einige der dazu gehörenden Güter auswärts belegen sind, und also für sich allein betrachtet, unter andern Gesetzen stehen, kann daran nichts ändern, da dieselben nach dem obigen hier nur als Theile der ganzen Masse in Betracht

11) *Riccii spicileg. jur. German. pag.* 533. — *Wesel de connub. bonor. societ. Tract.* 1. *n.* 100–103. — Lange von der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten, Hauptstück 3. §. 6. — *Goede Jus. germ. priv.* §. 366.

12) §. 2. *J. de heredib. instit.* *L.* 31. §. 1. *D. eod.* *L.* 116. §. 3. *D. de legat. I.* *L.* 34. *D. de A. R. D.*

kommen, und als ein selbstständiges Patrimonium gar nicht einmal betrachtet werden dürfen [13]).

Vergebens wendet man hiegegen ein, daß die Wirksamkeit eines Gesetzes das Staats-Gebiet des Gesetzgebers von dem es herrührt nicht überschreiten könne. Dieser, in der Lehre von der Collision der Gesetze häufig gemißbrauchte Satz ist richtig, sobald von der directen Wirksamkeit eines Gesetzes die Frage ist; allein indirecter Weise kann das Gesetz Eines Landes sehr wohl auf Personen und Sachen eines andern Landes Einfluß haben, und wird ihm ein solcher Einfluß täglich eingeräumt. So beurtheilt man jetzt allgemein den sogenannten *status* einer Person nach den Gesetzen ihres Wohnorts, selbst in Ansehung solcher Wirkungen, die sich in einem andern Lande äussern [14]); so richtet sich die formelle Gültigkeit eines Rechts-Geschäftes, wie man jetzt gleichfalls allgemein einräumt, nach den Gesetzen des Orts, wo es errichtet wurde, wenn gleich die Sachen, worüber es disponirt, anders wo belegen seyn sollten [15]); so begreift die gesetzliche allgemeine Gütergemeinschaft auch

13) *L. 30. §. 1. D. de excusationibus.*

14) *Huber Praelect ad Pand. tit. de conflictu legum.* §. 12. 13. — *Titius Jus privat. Rom. Germ. l. 1. cap.* 10. §. 26—28. — *Hofacker Princ. jur. civil. T.* 1. §. 139. — Thibaut System d. Pand. R. Th. 1. § 36.

15) *L. 6. D. de evictionib.* — *Huber l. c.* §. 3—5. — *Vinnius select. quaest. l. 2. c.* 19. — *Cramer Observ. jur. univ. T.* 2. *obs.* 553. — Pütter's Rechts-Fälle. *V.* 1. *resp.* 101. *n.* 52.

das ausserhalb des Wohnorts der Eheleute belegene Vermögen [16]); und eine durch die Gesetze im Wohnorte des Schuldners begründete General-Hypothek auch die auswärts belegenen Vermögens-Theile [17]); und was dergleichen Fälle mehr sind. Wenn daher auch die im Wohnorte des Erblassers geltenden Gesetze über die Vererbung der auswärts belegenen Güter, wenn diese allein in Frage stehen, nicht direct entscheiden können, so können sie dieselbe doch indirect alsdann normiren, wenn jene Güter nur als Theil der ganzen Erbschafts-Masse in Betracht kommen.

Aus diesem Grunde haben denn nicht nur schon viele ältere Rechts-Lehrer den Grundsatz behauptet, daß die Succession sich auch in Ansehung der auswärts belegenen Güter lediglich nach den im Domicilio des Erblassers geltenden Gesetzen richte [18]), son-

16) *Hert de collis. legum (in Comment. et opusc. V. 1. T. 1.) sect. 4. §. 47.* — Lange von der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten, Hauptstück 4. §. 11. — *Pütter Elem. jur. german. §. 316. not. II.* — *Hofacker Opuscul. jurid. T. 1. n. 3. §. 29.*

17) *Lauterbach Colleg. Pandectar. l. 20. tit. 1. §. 24.* — *Wernher Observat. forens. P. 2. obs. 418.* — *Schorch Consil. Erford. resp. 177. n. 15.* — Meißner a. a. O. § 24 pag. 43.

18) *Cujacii Consultationes Nr. 25. qu. 7. (in operib. edit. Francof. T. 1. pag. 373.)* — *Jac. Curtii Conjectur. lib. 1. cap. 4. (in Otto Thesaur. Jur. Rom. T. 5.)* — *Mevii Decision. P. 5. dec. 164.* — *Hert de collisione legum sect. 4. §. 38. 40. (in comment. et opusc. Vol. 1. T. 1.)* — *Böhmer Jus ecclesiast. protest. lib. 3. Tit. 27. §. 15. 16.* u. in s. *Ex. ad Pand. T. 5. ex. 76. cap. 2. §. 15. 16.*

dern es vertheidigen denselben, wie die Note zeigt, auch beinahe alle neuere Rechts-Lehrer [19]), und es ist daher ganz irrig, wenn die oben (§. 9.) angeführte ältere Meinung in manchen Schriften noch jetzt als die gemeine, und in der Praxis angenommene aufgeführt wird [20]).

§. 11.

Dasselbe gilt auch in Ansehung der testamentarischen Succession.

Zwar ist die Streitfrage, womit sich alle diese Rechts-Lehrer hauptsächlich beschäftigen, nicht ganz einerlei mit der, worauf der vorliegende Rechts-Streit beruhet; denn die gewöhnliche Controverse betrifft die

19) *Reinharth Observat. ad Christ. Vol. 4. obs. 3.* — *G. L. Menken Opuscul. jur. civil. Nr. 7.* — *Pufendorf Observat. jur. univ. T. 1. obs. 28.* — *Hofacker Opusc. T. 1. n. 3. §. 26.* — *J. F. Hamm Diss. de statutor. collisione et praefer. in causis success. Erlang. 1792. 8.* — Westphal Deutsches Privatrecht. Th. 1. Abhandl. 3. §. 8. — *Koch Success. ab intest. civil. §. 14.* — Glück Erörter. der Lehre von der Intestat-Erbfolge. § 42. — *Müller Observ. ad Leyser. T. 4. obs. 665.* — Dabelow Handbuch des Privatrechts. Th. 2. §. 1049. — *Madihn Princ. jur. Rom. de successionib. §. 59.*

20) Es ist dies ein Schicksal, welches manche ältere Meinung gehabt hat, daß sie noch immer als die in der Praxis geltende angeführt wird, während die wirkliche Praxis längst davon zurückgekommen ist. So z. B. sagen noch manche Schriftsteller, daß *servitutes discontinuae* nach der Praxis nur in unvordenklicher Zeit verjährt würden, da doch gewiß, wo dieser Irrthum nicht in Landesgesetze übergegangen ist, kein Gericht mehr darauf erkennt.

Frage, nach welchen Gesetzen der Vorzug unter mehreren Intestat-Erben zu bestimmen sey, während es hier darauf ankömmt, welche Gesetze über die Zulässigkeit einer testamentarischen Succession, oder, was einerlei ist, über den Vorzug zwischen dem Testaments-Erben und den Intestat-Erben entscheiden sollen. Allein die Gründe der Entscheidung sind in beiden Fällen ganz dieselben: in beiden kömmt es auf die allgemeine Hauptfrage an, nach welchen Gesetzen die Succession eines Verstorbenen zu bestimmen sey? Das Gesetz, dem es zukömmt, diese zu reguliren, muß so gut darüber entscheiden, ob es dem Verstorbenen erlaubt sey, sie durch ein Testament anzuordnen, als es, wenn kein Testament vorhanden ist, darüber zu entscheiden hat, wer unter mehreren Intestat-Erben den Vorzug haben solle. So wie daher die älteren Rechts-Lehrer, die die Intestat-Erbfolge in Ansehung der Immobilien nach den Gesetzen der Orte, wo jedes einzelne Grundstück belegen ist, bestimmt haben wollten, auch die Zulässigkeit einer testamentarischen Disposition über unbewegliche Güter nach eben diesen Gesetzen beurtheilten [21]); eben so müssen consequenter Weise die neueren Rechts-Lehrer die bei der Intestat-Erbfolge den umgekehrten Grundsatz annehmen, auch in Ansehung der testamentarischen Succession dasselbe

21) *Huber Praelect. ad Pand. tit. de conflictu legum* §. 15. — *Voet Comment. ad Pandect. l.* 1. *Tit.* 4. *P.* 2. §. 3. 8. 10. — *van de Poll de exheredat. et praeterit. cap.* 35. §. 6. — *Titius Jus privat. Rom. Germ. lib.* 1. *cap.* 10. §. 41.

thun. Bei dieser liegt sogar noch ein besonderer Grund für die ausschließende Anwendung der im Wohnorte des Testirers geltenden Gesetze, in der bekannten Regel, nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest [22]). Denn wollte man die Statthaftigkeit einer testamentarischen Verfügung nach den Gesetzen der verschiedenen Orte beurtheilen, wo die einzelnen zur Erbschaft gehörenden Güter belegen sind, so würde das Testament für einen Theil des Nachlasses gültig, für den andern aber ungültig seyn, und gegen diese Regel theils ex testamento, theils ab intestato, succedirt werden. Und wenn auch die directe Anwendung dieser Regel auf die vorliegende Frage nach ihrem eigentlichen Sinne allerdings einigen Zweifel haben mögte; so zeigt dieselbe doch deutlich, wie sehr der ganze Geist des gemeinen Rechts es fordert, daß die Succession für die ganze Erbschaft aus einer einzigen Norm, und nicht für einen Theil der Masse nach dieser, für einen andern aber nach jener Regel bestimmt werde.

§. 12.

und leidet vorzüglich in Ansehung der Mobilien keinen Zweifel.

Am wenigsten ist es aber auf jeden Fall zu billigen, wenn die Kläger ihre Forderung sogar auf die am

22) §. 5. *J. de heredib. instituendis.* *L. 7. D. de regulis juris.* Diese Regel ist zwar jetzt in Frankreich durch die Artikel 895. 1010. und 1013 des *Code civil* aufgehoben worden; allein dessen Dispositionen finden auf diesen frühern Rechts-Fall überall keine Anwendung.

linken Rheinufer befindlichen Mobilien gerichtet haben. Denn in Ansehung dieser kann die aufgestellte Frage gar nicht einmal streitig genannt werden, indem selbst alle die Rechts-Lehrer, die bei den Immobilien das Gegentheil behaupten, dennoch sämtlich zugeben, daß die Succession in die beweglichen Güter, welche nicht etwa bloß Pertinenzen eines unbeweglichen sind, sie seyen belegen, wo sie wollen, sich einzig nach den Gesetzen richte, welchen der Erblasser für seine Person unterworfen war [23]. Freilich beruhet dieser Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Gütern auf sehr unzureichenden Gründen, und die bekannte Regel, quod mobilia ossibus personae inhaerent ist eine willführliche Erdichtung der Glossatoren, wovon das gewöhnlich dafür angeführte Gesetz [24]) nicht das min-

23) S. alle §. 9. *not.* 2. angeführte Schriftsteller, und Carpzov *Jurispr. forens. P.* 2. *const.* 14. *def.* 14. — *Titius Jus privat. Rom. Germ. l.* 1. *c.* 10. §. 46. — *Huber de jure civitatis l.* 2. *c.* 11. §. 2. — *Schorch Consil. Erford. resp.* 55. *n.* 21. 22. — Glück Erläuter. der Pand. Th. 1. §. 76. — Leyser (*Medit. ad Pand. sp.* 421. *med.* 1—3.) äussert zwar einige Zweifel gegen diese Regel, fügt aber doch hinzu: „*Sed nolo pacem, quae in hoc capite praeter consuetudinem inter plerosque JCtos coaluit, turbare. Video enim, regulam supra memoratam fere ab omnibus tradi.*“ — Auch das Preussische Landrecht (Einleit. §. 28. 31.) stellt die Regel auf, daß alle Mobilien ohne Rücksicht auf den Ort ihres Aufenthaltes unter den Gesetzen stehen, denen die Person des Eigenthümers unterworfen ist, und der *Code civil art.* 3. billigt dieselbe wenigstens stillschweigend.

24) *L.* 32. *D. de pignorib.*

beste enthält; wie dies auch schon mehrere neuere Schriftsteller bemerkt haben. Allein wenn man gegen die ehemahlige gemeine Meinung auf das Gewicht richtiger Gründe, und die bessere Lehre der neueren Juristen sehen will, so muß nicht bloß das Mobiliar-Vermögen, sondern dem obigen zufolge, die gesamte Succession nach den Gesetzen des Wohnorts beurtheilt werden: will man hingegen bei auswärts belegenen Immobilien ohne Rücksicht hierauf noch der früheren Praxis folgen, so muß eben dasselbe auch bei Mobilien geschehen, in Ansehung deren die gemeine Meinung der Rechts-Lehrer von jeher noch viel entschiedener gewesen ist, und deren Vererbung also, unter jeder Ansicht, durch die Gesetze im Wohnorte des Erblassers regulirt werden.

§. 13.

Die schon rechtskräftig erkannte Competenz des *fori rei sitae* ändert hieran nichts.

Übrigens steht es der Anwendung des bisher Gesagten auf den vorliegenden Fall keineswegs entgegen, daß die Competenz des fori rei sitae bereits durch ein rechtskraftiges Urtheil festgesetzt worden ist. — Wenn man freilich bei der in der Lehre von der Collision der Gesetze auch nicht selten vorkommenden Behauptung stehen bleiben müßte, daß jeder Richter einzig nach den Gesetzen seines Landes zu sprechen habe: so wäre dadurch auch zugleich entschieden, daß der gegenwärtige Fall nach den in foro rei sitae

geltenden Gesetzen beurtheilt werden solle. Allein diese Behauptung ist in ihrer Allgemeinheit offenbar irrig [25]. Wäre sie gegründet, so wäre auch das, was in einer Sache Rechtens seyn sollte, von der Verschiedenheit des darüber erkennenden Richters abhängig, und würde es bei mehreren concurrirenden Gerichten verschiedener Länder in der Willkühr des, das Forum wählenden Klägers stehen, nach welchen Gesetzen er seine Ansprüche beurtheilt haben wollte. Dies läuft aber ganz gegen den Zweck und die Natur des richterlichen Amts. Denn der Richter soll durch seine Sentenz das Recht nicht machen und bilden, sondern nur das, was unabhängig von ihr schon an sich Rechtens ist, durch seinen Spruch erklären und realisiren [26]; mithin kann die Frage: was ist Recht? unmöglich von der andern: wer ist Richter? abhängig seyn. — Die Gesetze, so weit sie nicht etwa bloß die Form des processualischen Verfahrens bestimmen, sind ja nicht sowohl eine Instruction für den Richter, als vielmehr eine Norm für die Rechte und Handlungen der Unterthanen: und daher hat jeder Richter die Gesetze seines Landes nur in so weit anzuwenden, als er über Personen und Rechts-Verhältnisse urtheilt, die nach der Natur der Sache und den Grundsätzen des allgemeinen Staats-Rechts unter diesen Gesetzen stehen. Sobald hingegen ein vor ihn gebrachter Fall nach jenen Grundsätzen unter fremden Gesetzen steht, muß er auch

25) Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 62. not. 1.

26) *L. 8. §. 4. D. si servitus vindicetur.*

nach diesen fremden Gesetzen entscheiden. — Dies geschieht auch in der That täglich in den Gerichten [27]), und die ganze Lehre von der Collision der Gesetze würde als überflüssig hinwegfallen, wenn es wirklich allgemeine Regel wäre, daß jeder Richter nur nach den Gesetzen seines Landes zu erkennen habe.

Die Frage von der Competenz der Gesetze für einen bestimmten Fall ist demnach ganz unabhängig von der dabei eintretenden Competenz der Gerichte [28]), und jenes Urtheil, welches die Competenz der französischen Gerichte festsetzt, entscheidet folglich durchaus

27) Wenn z. B. aus einem Contract, der in einem Lande geschlossen ist, in einem andern Lande geklagt wird, beurtheilt der Richter jetzt immer die Gültigkeit des Contracts sowohl der Form als dem Inhalte nach aus den Gesetzen des erstern Landes. — *Hert de collis. legum sect.* 4. §. 10. *n.* 5. — *Huber Prae-lect. ad Pand. tit. de conflictu legum.* §. 5. — Weber von der natürl. Verbindlichkeit. §. 62.

28) Dies erkennt schon *Hert l. c. n.* 2. „*Hinc quantitas usurarum definienda est secundum leges loci ubi contractus fuit initus: nec obstat, forum fieri competens in loco destinatae solutionis. Nam diversa est ratio judicii cujus praecipuus scopus est executio: diversa ratio legis quae actum vult rite fieri et secundum formam praescriptam;*“ vorzüglich aber *Hofacker Opuscul. jurid. T.* 1. *n.* 3. §. 26. *in f.*, wo er gerade in Beziehung auf die vorliegende Frage sagt: „*Praecipua erroris causa in eo posita esse videtur, quod a competentia fori rei sitae concludatur ad necessitatem observandarum legum earum, quibus utuntur cives ejus provinciae ubi bona sita sunt; quae certe conclusio fieri non debebat, cum plane nihil detrahatur judicis competentiae quando jus ei dicendum est secundum leges in alia provincia obtinentes.*“

noch nicht darüber, nach welchen Gesetzen dieser Rechts-Streit zu beurtheilen sey.

§. 14.

Im vorliegenden Falle sprechen noch besondere Gründe für die Anwendung der deutschen Gesetze.

Vielmehr liegt in den besondern Umständen des gegenwärtigen Falles noch ein Grund mehr, denselben nach deutschen Gesetzen zu entscheiden darin, daß der Erblasser noch vor der förmlichen Abtretung des linken Rheinufers durch den Lüneviller Frieden gestorben ist, und also auch der vorliegende Fall nach den vor dieser Abtretung Statt gefundenen rechtlichen Verhältnissen beurtheilt werden muß. Es ist zwar nicht zu leugnen, daß die französische Republik, da sie das linke Rheinufer erobert hatte, und dessen künftige Abtretung sich mit Gewißheit voraussehen ließ, demselben auch schon vor der förmlichen Abtretung Gesetze zu geben befugt war [29]), und diese Gesetze bei den Rechtssachen der Bewohner des linken Rheinufers unter einander als vollgültige Normen zur Anwendung kommen müssen. Dasselbe steht auch noch allenfalls zu behaupten, wenn von einem Rechts-Streite zwischen einem dortigen Einwohner und einem deutschen Bürger die Frage ist, der seiner übrigen Beschaffenheit nach, nach dortigen Gesetzen beurtheilt werden muß. Ganz anders ist es aber in Ansehung des vorliegenden

29) *Zachariae lib. quaestion. qu. 2. §. 7. 9. 10.*

Streites, weil dieser unter lauter Deutschen geführt wird, und kein einziger Einwohner des linken Rheinufers auch nur im mindesten dabei interessirt ist. Die rechtlichen Verhältnisse dieser Deutschen unter einander dürfen nicht nach den Gesichts-Punkten beurtheilt werden, die das französische Reich annimmt, sondern nur nach den Ansichten ihres Staates, des deutschen Reichs, deren Anwendung auf sich keiner der streitenden Theile verwerfen kann, ohne mit seiner Qualität als deutscher Reichs-Bürger in Widerspruch zu kommen. Nach diesen Ansichten aber gehörte das linke Rheinufer bis zum Lüneviller Frieden noch zum deutschen Reiche, und stand de jure noch unter der Staats-Gewalt und den Gesetzen seines alten Landes-Herrn. Deutsche Staats-Bürger konnten daher auch die Gesetze noch nicht als gültig anerkennen, die die französischen Eroberer vor geschehener Abtretung dem Lande gaben; deutschen Staats-Bürgern unter einander waren sie noch keine gültige Norm, und wenn daher auch dieser Rechts-Streit nach den in foro rei sitae geltenden Gesetzen beurtheilt werden müßte, so wären doch für ihn, der unter lauter Deutschen geführt wird, nicht die neuern französischen, sondern die bisherigen deutschen Gesetze, das gültige jus in loco rei sitae, wornach derselbe zu schlichten wäre. — Daß ein französisches Gericht über ihn entscheidet, ändert hieran nichts, da weder der französische Staat, noch auch ein einziger Bürger desselben irgend ein Interesse dabei hat, nach welchen Gesetzen

und zu wessen Gunsten die Entscheidung gefällt wird; und da nach dem oben Gesagten, die Qualität und Verschiedenheit des Gerichts auf die Gesetze, nach welchen geurtheilt werden muß, keinen Einfluß haben kann, sondern diese lediglich durch die Beschaffenheit des Falles und der streitenden Theile bestimmt werden.

Nach allen diesen Gründen können wir also die vorgelegte Frage nur dahin beantworten:

daß dieser Rechts-Streit einzig nach den im Wohnorte des Erblassers geltenden Gesetzen beurtheilt werden müsse, und dies insbesondere in Ansehung der Mobilien keinen Zweifel leide.

§. 15.

Beantwortung der zweiten Frage. — Die Intestat-Erben konnten ihrem Rechte gültig entsagen.

Wir wenden uns nunmehr zur Beantwortung der oben (§. 8.) angegebenen zweiten Frage, welche indessen überall nur unter der Voraussetzung eintreten kann, daß diese Erbschafts-Sache gegen das bisher Gesagte, dennoch nach dem Gesetze vom 17. Nivose des Jahrs 2. beurtheilt werde; indem sonst ein Erbrecht der Kläger überall nicht Statt findet. Hier hat es nun zuförderst kein Bedenken, daß dieselben diesem ihrem Erbrechte gültig entsagen konnten. Denn, wenn gleich jene französischen Gesetze, da sie alle etwanige Testamente schlechthin für nichtig erklären

und die Intestat-Erbfolge unbedingt vorschreiben, allerdings zu den Prohibitiv-Gesetzen gehören; so geht doch die in ihnen liegende Prohibitiv-Kraft offenbar nur gegen den Erblasser, daß dieser kein Testament zum Nachtheile der Intestat-Erben solle errichten dürfen: nicht aber gegen die Intestat-Erben, daß diese keine Befugniß hätten, sich ihres gesetzlichen Rechtes zu begeben. Die Renunciation der Kläger besteht hier in nichts anderm als in einer gewöhnlichen Repudiation der ihnen ab intestato deferirten Erbschaft. Eine solche Repudiation steht aber bekanntlich jedem Intestat-Erben frei, auch demjenigen, welchem die Gesetze (wie es bei den hier vorliegenden der Fall ist) durch das Verbot aller Testamentifaction ein jus quaesitum beigelegt haben, indem dergleichen Gesetze ja gerade zur Begünstigung der Intestat-Erben gereichen, und also der Grundsatz eintritt: omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renunciare [30]). Auch das gemeine Recht stellt schon den Grundsatz auf, daß die Testamentifaction nicht privati sondern publici juris sey [31]), — d. h. das Recht zu testiren von Verträgen der Privatleute unabhängig sey, und dadurch weder gegeben, noch genommen werden könne [32]) — und die Römischen Gesetze über den Pflichttheil sind ganz von der-

30) *L. 41. D. de minoribus. L. 51. C. de episcopis et clericis. L. 29. C. de pactis.*

31) *L. 3. D. qui testamenta facere possunt.*

32) *Galvanus de usufr. cap.* 10. §. 3. 14.

selben Natur wie die in Frage stehenden französischen, indem auch sie ihrem Wesen nach ein Verbot der Testamentifaction enthalten, was nur auf einen kleinern Theil des Vermögens beschränkt ist; dennoch aber hat eine Entsagung auf den Pflichttheil, wenigstens nach dem Tode des Erblassers, ihre vollkommene Gültigkeit [33]. Aus der Verordnung des Gesetzes vom 17. Nivose des Jahres 2., wenn man sie auf den vorliegenden Fall anwendet, resultirt nichts weiter, als daß das Testament des Erblassers in Ansehung der auf dem linken Rheinufer belegenen Güter nichtig sey. Hat aber der Erbe einen ungültigen letzten Willen einmal als gültig anerkannt, so muß er ihn auch nachher gegen sich gelten lassen und kann zu dessen Erfüllung gezwungen werden [34], so bald nur nicht in dieser Erfüllung etwas eigentlich unerlaubtes liegt [35]. Niemand wird aber wohl behaupten wollen, daß es nach den französischen Gesetzen den Klägern **unerlaubt** sey, die ererbten Güter an den Beklagten zu überlassen.

33) *L.* 31. §. 4. *D. de inofficios. testam. L.* 35. §. 1. 2. *C. eod.* — *Westenberg Diss. de portione legitima D.* 2. *c.* 2. §. 30. *D.* 4. *c.* 5. §. 5. — Möllers Lehre vom Pflichttheil Th. 2. §. 165.

34) *L.* 16. §. 1. *C. de testamentis. L.* 2. *l.* 23. *C. de fideicommissis.* — *Mevii Decis. P.* 7. *dec.* 9.

35) *Nov.* 1. *c.* 1. *pr.*

§. 16.

Ob sich gleich ein Unmündiger unter ihnen befindet.

Eine besondere Bedenklichkeit über die Möglichkeit dieser Entsagung tritt zwar noch in Ansehung des unter den Klägern befindlichen unmündigen K. von S. ein, da dieser seiner Unmündigkeit wegen eine solche Entsagung selbst nicht gültig vornehmen, das Factum seines Vaters aber ihm nicht schaden kann, und er noch immer befugt bleibt, nach erreichter Mündigkeit oder aufgehobener väterlicher Gewalt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erlangen [36]. Allein die vom Vater als dem gesetzlichen Stellvertreter des Sohnes geschehene Ausschlagung der Erbschaft hat dennoch wenigstens provisorische Gültigkeit, bis sich der Sohn künftig einmal um eine Restitution ausdrücklich anmeldet [37], wobei es noch durchaus ungewiß ist, ob er dies künftig seinem Vortheil angemessen finden werde, und auf allen Fall kann diese Restitution, die ihm noch offen steht, bei dieser theilbaren Sache den übrigen großjährigen Miterben nicht zu Gute kommen, sondern diese bleiben aus ihrer einmal geschehenen Entsagung noch immer verpflichtet [38].

36) *L. 8. §. 6. C. de bonis quae liberis.*

37) *L. 8. §. 6. cit.*

38) *L. 47. §. 1. D. de minoribus. L. un. C. si in communi eademque causa. L. 2. C. si unus ex plurib. appellav.* — **Voet** *ad Pand. l. 4. tit. 4. §. 41.*

Es steht also für jetzt der Möglichkeit einer Entsagung durchaus nichts im Wege, und wir kommen demnach auf die Hauptfrage, ob die angegebene ausschließende Zueignung und Vertheilung des mütterlichen Nachlasses von Seiten der klagenden Geschwister, wirklich eine Entsagung auf die Erbschaft ihres Oheims A. von O. involvire?

§. 17.

Diese Entsagung liegt auch wirklich in der ausschließenden Zueignung des mütterlichen Nachlasses.

Hierbei ist es nun freilich noch bestritten worden, ob die Kläger diesen mütterlichen Nachlaß, mit Ausschluß des Beklagten, bereits gänzlich unter sich vertheilt haben. So viel ist aber doch vollkommen ausgemacht, daß sie sich denselben mit seinem Ausschlusse allein zugeeignet haben: da dies durch den oben (§. 6.) angeführten, mit Zustimmung aller Interessenten geschriebenen Brief an den zur Theilung und Inventur bestellten Commissarius und das darauf erfolgte Erkenntniß der Regierung zu X, welches das mütterliche Testament, worin den beiden Söhnen selbst der Pflichttheil abgesprochen wird, für gültig und agnoscirt erklärt, und dadurch den Grafen E. gänzlich ausschließt, ausser allen Zweifel gesetzt ist. Und schon in dieser gänzlichen Ausschließung des Beklagten von der mütterlichen Erbschaft, liegt, (es mag nun die wirkliche Theilung bereits geschehen seyn oder nicht)

allerdings eine vollständige und bündige Aufgebung ihrer etwaigen gesetzlichen Ansprüche auf die in Frage stehende Verlassenschaft ihres Oheims. — Denn es ergiebt sich aus der mütterlichen Disposition in den Ehepacten (§. 1.) und in dem Testamente (§. 5.), wenn man dieselbe mit den testamentarischen Verfügungen der beiden Oheime A. und C. von D. zusammenhält, aufs allerklarste, daß nach der deutlich ausgesprochenen Absicht aller Disponenten, die beiden Söhne E. und F. den gesamten Nachlaß ihrer Oheime ausschließend erben, und dagegen dann die übrigen Kinder das gesamte mütterliche Vermögen gleichfalls ausschließend erhalten sollten. Der Graf E. sollte vom mütterlichen Nachlasse bloß deswegen auch nicht einmal den Pflichttheil erben, weil er den ganzen Nachlaß des Oheims A. allein bekam, und die übrigen Geschwister sollten bloß deswegen auch diesen Pflichttheil einbehalten können, weil sie vom Nachlasse ihres Oheims nichts erhielten. So wie also der Graf E. diesen Nachlaß nur in so fern zu sich nehmen durfte, als er zugleich auf den mütterlichen Pflichttheil verzichtete, eben so durften auch die übrigen Geschwister ihn von diesem Pflichttheil nur in so fern ausschließen, als sie zugleich den gesamten Nachlaß des Oheims ihm allein überließen. Ihnen stand nur die Alternative offen, entweder diesen aufzugeben, oder dem Grafen E. auch seinen mütterlichen Pflichttheil einzuräumen, und sie waren durchaus nicht berechtiget, sich sowohl einen Antheil am Nachlasse des Oheims als

auch die ganze mütterliche Erbschaft, beides zusammen, zuzueignen.

Daraus folgt also, daß, so wie sie mit Ergreifung der einen Alternative, ihren Bruder E. von der mütterlichen Erbschaft ausschlossen, sie durch dieses mit einem Anspruche auf den Nachlaß ihres Oheims unverträgliche Factum sowohl sich jedes solchen Anspruches vollständig begeben, als auch das Testament ihres Oheims A. als gültig anerkannt haben. Denn so wie überhaupt eine Entsagung auch stillschweigend geschehen kann, sobald nur facta concludentia vorhanden sind [39]), so kann auch insbesondere die Ausschlagung einer Erbschaft durch concludente Handlungen gültig geschehen [40]), und für eine solche muß vor allen Dingen das gehalten werden, wenn jemand wissentlich ein factum contrarium vornimmt, was mit dem ihm zustehenden Rechte durchaus unverträglich ist [41]).

39) *L. 2. §. 1. L. 57. pr. D. de pactis. L. 2. §. 6. D. de doli mali et metus except.* — *Mevii Decis. P. 3. dec. 345. n. 12. P. 7. dec. 93. n. 7.* — *G. L. Menken Diss. de indole factor. in tacit. renunciat.* (*Opuscul. N. 16.*) §. 6. — Thibaut System des Pandectenrechts. Th. 1. §. 74.

40) *L. 95. D. de acquir. l. omitt. heredit.* — *Müller ad Struv. exerc. 34. th. 32.* — *Hofacker Princip. jur. civil. T. 2. §. 1469.*

41) *L. 23. pr. D. de receptis arbitris. L. 23. §. 1. D. de inoff. testam. L. 8. pr. D. quemadmod. servitut. amitt. c. 54. X. de appellationib.* — *Mevii Decis. P. 1. dec. 40. n. 6.* — *Menken l. c. §. 14. 22.* — Gönners Handbuch des Processes. Th. 3. Abh. 57. §. 34. 36.

Die Anerkennung eines Testaments geschicht aber vorzüglich dadurch, wenn jemand irgend einen Vortheil annimmt, welcher ihm einzig durch dieses Testament zugewandt wird [42], und einen solchen Vortheil haben die Kläger, indem sie sich den mütterlichen Pflichttheil des beklagten Grafen E. zueigneten, aus dem Testamente ihres Oheims wirklich angenommen. Denn wenn gleich auch in den Ehepacten und dem Testamente der Mutter dem Grafen E. in Rücksicht auf die zu hoffen habende Erbschaft seines Oheims ein Verzicht auf den mütterlichen Pflichttheil auferlegt worden ist, so kömmt doch diese Disposition gar nicht in Betracht, indem darin ohne Zweifel ein gravamen legitimae enthalten ist, welches kein Erblasser seinen Notherben gültig auflegen kann [43]. Vielmehr liegt der einzige Grund, welcher die Kläger berechtigte, sich den mütterlichen Pflichttheil des Beklagten zuzueignen, in der testamentarischen Disposition des Oheims A., worin der Verzicht auf diesen Pflichttheil dem Beklagten zur Bedingung der Antretung des Fideicommisses gemacht wurde, und sie konnten folglich diesen Vortheil nicht benutzen, ohne zugleich das Testament zu agnosciren.

42) *L. 8. §. 10. L. 10. §. 1. L. 12. pr. L. 31. §. 3. D. de inoff. testam. L. 3. §. 15. 16. L. 14. pr. D. de B. P. c. t.* — *Schweder Disput. var. T. 1. diss. 21. §. 2. 6.*

43) *L. 32. C. de inoff. testam.* — *Westenberg de port. legit. Diss. 4. cap. 1.* — Möller's Lehre vom Pflichttheil. Th. 2. §. 150.

Indem also die Kläger den Beklagten von der mütterlichen Erbschaft gänzlich ausschlossen, haben sie zugleich sich selbst von dem Nachlasse ihres Oheims ausgeschlossen, und eben so wie der beklagte Graf E. nach der Verordnung der Ehepacten und dem Testamente seines Oheims durch den Antritt des Fideicommisses auf den ihm gebührenden mütterlichen Pflichttheil ipso facto verzichtet hat, eben so haben die Kläger, nach dem ganzen Zusammenhange aller hier vorliegenden Dispositionen, durch die ausschließende Zueignung des gesamten mütterlichen Nachlasses allem Anspruche auf die Verlassenschaft ihres Oheims ipso facto entsagt. So wie man aber zu einem einmal aufgegebenen Rechte nachher nicht wieder zurückkehren kann, so kann man auch einer einmal repudiirten Erbschaft nachher sich nicht wieder anmaassen [44].

§. 18.

Und die Kläger können sich auf ihre wiederholten Protestationen dagegen nicht berufen.

Vergebens berufen die Kläger gegen alles dieses sich darauf, daß sie zu wiederholten Malen sich ihre Ansprüche auf die Erbschaft ihres Oheims vorbehalten haben; daß selbst in dem Erbschafts-Inventarium (§. 7.) ausdrücklich Erwähnung derselben geschehen ist; daß sie sogar dem oben (§. 6.) angeführten Briefe an den bestellten Theilungs-Commissarius die Clau-

44) *L. 11. C. de rebus creditis. L. 4. C. de repud. vel abstin. heredit.*

sel, „jedoch mit Vorbehalt unserer Rechte," hinzugefügt haben, und daß endlich die gegenwärtige Klage gerade zu eben der Zeit erhoben worden seye, als sie in X. die Procedur gegen den Grafen E. betrieben, aus welcher man jetzt einen stillschweigenden Verzicht ableiten wolle; — daß folglich sie dabei ohnmöglich die Absicht sich ihrer gegenwärtigen Ansprüche zu begeben gehabt haben können, und es also an allem animus renunciandi fehle, ohne welchen ein stillschweigender Verzicht gar nicht gedacht werden könne.

So viel setzen diese Umstände freilich ausser Zweifel, daß die Kläger bei der ausschließenden Zueignung des mütterlichen Nachlasses keinesweges die Absicht gehabt haben, sich ihrer vorgeblichen Ansprüche auf die Verlassenschaft ihres Oheims zu begeben. Allein auf den Mangel dieses animus renunciandi kann es hier durchaus nicht ankommen, da die Sache nicht sowohl aus dem Gesichtspunkte einer freiwilligen Verzichtleistung, sondern vielmehr aus dem eines nothwendigen Verlustes betrachtet werden muß, welchen die Wahl zwischen zwei unvereinbaren Alternativen nach sich zog.

Wenn jemanden zwei Rechte zustehen, die er nicht beide neben einander ausüben darf, sondern unter denen er nur die Wahl hat, und wo eins dem Andern widerstreitet, so liegt es ganz in der Natur der Sache, daß er durch Ergreifung des einen, sich ipso jure des andern verlustig macht, ohne Rücksicht darauf, ob er auch die Absicht habe es aufzugeben, da der Ver-

lust nicht Folge seiner Absicht, sondern des Widerspruches zwischen beiden Rechten ist. Wenn er daher auch bei dieser Ergreifung ausdrücklich erklärt, daß er sich das andere Recht vorbehalten wolle, so kann ihm eine solche Erklärung zu nichts helfen, weil er beide nicht haben kann, und also dieser Vorbehalt eine protestatio facto contraria ist, womit er nicht gehört werden darf. — Diese allgemeinen Regeln finden wir in einer Menge einzelner Anwendungen bestätiget. Ist jemand in einem Testamente lieblos enterbt, und nur mit einem Legat bedacht, so hat er die Wahl ob er dieses annehmen, oder die querelam inofficiosi anstellen will; nimmt er aber einmal das Legat, so verliert er eo ipso die querelam inofficiosi ohne daß eine Protestation auf diese nicht verzichten zu wollen, ihm etwas helfen könnte. Wer nach eingelegter Appellation sich wieder beim Unterrichter auf die Fortsetzung der Sache einläßt, verzichtet auf seine Appellation, wenn er auch ausdrücklich erklärte, sie nicht aufgeben zu wollen [45]. Bei der Lex commissoria hat der Verkäufer die Wahl, ob er sich dieser bedienen, oder den Kaufpreis fordern wolle; hat er aber das letzte einmal gethan, so ist die Lex commissoria für ihn verloren, und wenn er auch

45) *C. 54 in f. X. de appellat. Appellationis prosecutioni tacite renuntiare videtur, et si verbo vel facto appellationem se velle prosequi protestetur, non est, tanquam adversa petens et sibi contrarius, audiendus.* — Gönner's Handb. des Processes. Th. 3. Abh. 57. §. 36.

ausdrücklich erklärt hätte, daß er sich den Rücktritt zu dieser vorbehalte [46]). Dasselbe gilt beim Emphyteut-Contracte, wenn der Dominus nach erfolgter Verwirkung der Emphyteuse den Canon für die künftige Zeit noch annehmen, und sich doch das Recht der Einziehung vorbehalten wollte [47]), und so noch in vielen andern Fällen.

Diese Grundsätze finden denn auch auf den vorliegenden Fall ihre volle Anwendung. Die Kläger waren durchaus nicht befugt, neben dem gesamten mütterlichen Nachlasse auch noch auf den Nachlaß des Oheims Anspruch zu machen, sondern hatten dem Obigen zu Folge nur die Wahl zwischen diesen beiden Ansprüchen. Indem sie sich also die mütterliche Erbschaft ausschließend zueigneten, verloren sie nothwendiger Weise allen Anspruch auf die des Oheims, und ein desfallsiger Vorbehalt konnte ihnen nichts helfen, weil sie sich diesen zweiten Anspruch neben dem ersten nicht vorbehalten durften. Niemand wird zweifeln, daß wenn der Graf E. bei dem Antritte des Fideicommisses hätte erklaren wollen, wie er sich dadurch des mütterlichen Pflichttheils keineswegs zu begeben gemeint sey; dies ein ganz unstatthafter und unwirk-

46) *L. 4. §. 2. L. 7. D. de lege commiss. — De Jena Diss. de lege commiss. §. 60.*

47) *Vinnius quaest. select. l. 2. cap. 3. in f. — Fachinaeus Controv. jur. l. 1. cap. 99. — Alef Dies academ. Diss. 13. §. 46.*

samer Vorbehalt gewesen seyn würde. Eben so unwirksam muß es denn auch seyn, daß die Kläger bei der ausschließenden Zueignung des mütterlichen Nachlasses sich ihre Rechte auf die Erbschaft des Oheims vorbehalten haben, und es gilt auch von ihnen, was in dem oben (Not. 45.) angeführten Gesetze gesagt wird: non sunt, tanquam adversa petentes, et sibi contrarii, audiendi.

§. 19.

Sondern ihnen steht die *exceptio doli* entgegen.

Daher ist es in der That eine Berufung auf ihren eigenen Dolus, wenn die Kläger sich darauf zu berufen wagen, daß sie ohngeachtet der ausschließenden Zueignung der ganzen mütterlichen Erbschaft, doch noch immer die Absicht gehabt hätten, auf den Nachlaß ihres Oheims gleichfalls Anspruch zu machen. Denn da ihnen nach der klaren Absicht der in der Mitte liegenden Testamente und Ehepacten jene nur in so fern allein gebührte, als der Graf E. diesen allein erhielt, so ist es ein wahrhaft doloses Unternehmen, daß sie, indem sie vor einem Gerichte unter Berufung auf das Testament des Oheims ihrem Bruder den mütterlichen Pflichttheil absprechen lassen, zu gleicher Zeit vor einem andern Gerichte durch Anfechtung eben dieses Testamentes auch einen Theil der Güter an sich zu bringen suchen, die demselben gegen Aufgebung jenes Pflichttheils allein angewiesen sind.

Ihnen steht daher in jeder Hinsicht die exceptio doli entgegen, die schon der allgemeinen Regel nach jedem Erben entgegengesetzt werden kann, dessen Begehren dem klaren Willen des Erblassers widerstreitet [48].

§. 20.

Die Schwester G. hat überdies das Testament des Oheims noch besonders agnoscirt.

So viel übrigens die Schwester G. insbesondere anbetrift, so hat diese sich aller etwaigen Ansprüche auf den Nachlaß ihres Oheims A. auch noch auf eine andere Weise vollständig begeben, nemlich durch die förmliche Anerkennung seines Testamentes, die gleich bei dessen Eröffnung durch ihren Gemahl, den Freiherrn von L., als ihren Bevollmächtigten geschehen ist (§. 4.). Es erhellt zwar nicht, daß derselbe auch zu dieser Agnition den speciellen Auftrag gehabt habe: allein da sie ohne Zweifel diese von ihrem Gemahl in ihrem Namen gemachte Erklärung sogleich erfahren hat, so hätte sie derselben, wenn sie nicht damit zufrieden war, sogleich widersprechen müssen, und hat solche, da sie dies, wenigstens nach den uns mitgetheilten Actenstücken, nicht gethan hat, schon durch ihr bloßes Stillschweigen hinreichend genehmiget. Denn wenn gleich bloßes Stillschweigen keineswegs immer für Einwilligung gilt [49], so zeigt doch die Analogie

48) *L. 4. §. 10. D. de doli mali et met. except.*

49) Geigers und Glücks Rechtsfälle. Th. 2. *n.* 27.

einer großen Menge einzelner Entscheidungen im Römischen Rechte [50]), daß, so oft jemand weiß, ein anderer handele in seinem Namen, und zu seiner Verpflichtung, und dennoch nicht widerspricht, dies allerdings für eine stillschweigende Einwilligung gehalten werden müsse [51]), welche Regel vorzüglich dann anzuwenden ist, wenn der Ehemann Namens der Frau handelt, der schon ohnehin ein Mandatum praesumtum hat [52]). — Daß der Freiherr von L. seiner Erklärung die Clausel salvis eventualiter reservandis ulterioribus anhängte, ist übrigens ganz unerheblich, indem dieser allgemeine und vage Vorbehalt nothwendig so verstanden werden muß, daß er nicht mit der unmittelbar vorangehenden Agnition des Testaments in Widerspruch stehe, mithin auf eine vorbehaltene Anfechtung desselben nicht gezogen werden darf.

Allem diesem zufolge sind wir demnach der rechtlichen Meinung:

50) *L. 1. §. 5. D. de exercitor. actione. L. 6. §. 2. l. 18. l. 53. pr. D. mandati. L. 6. C. eod. L. 12. D. de eviction. L. 2. §. 2. D. soluto matrimon. L. 4. §. 3. D. de fidejussorib. tutor. L. 2. C. si aliena res pignori. L. 1. C. de filiisfamilias, et quemadmod.* Ganz vorzüglich gehört *L. 16. D. ad S. C. Maced.* hierher: *Si filiusfamilias absente patre, quasi ex mandato ejus pecuniam acceperit, cavisset. et ad patrem litteras emisit, ut eam peccuniam in provincia solveret; debet pater, si actum filii sui improbat, continuo testationem interponere contrariae voluntatis.*

51) *Hofacker Princip. jur. civil. T. 1. §. 184.* — Thibaut System des Pandecten-Rechts. Th. 1. §. 138.

52) *L. 21. C. de procuratorib.*

Daß die Kläger durch die von ihnen erwirkte gänzliche Ausschließung des beklagten Grafen E. von O. von der gesamten mütterlichen Verlassenschaft, sich aller etwaigen Ansprüche an den Nachlaß ihres Oheims A. von O. begeben haben, und ihnen bei ihrer hierauf gerichtet n Klage die exceptio doli entgegenstehe.

III.

Untersuchung der Frage, wie bald trift den Beklagten, welcher im ordentlichen Processe sich nur durch Einreden gegen eine Klage vertheidigt, im Falle daß diese unzureichend sind, der Nachtheil einer fingirten Litiscontestation?

§. 1.

I) Dogmengeschichte a) ältere Meinung.

Die älteren [1]) Schriftsteller über den deutschen bürgerlichen Prozeß, nahmen bekanntlich die Meinung an, daß den Beklagten, welcher sich im ordentlichen Civilprocesse nur allein durch Einreden, ohne eventuelle Einlassung vertheidigt hatte, bei befundener Unzulänglichkeit der vorgeschützten Einreden, der Nachtheil einer fingirten, jedoch verneinenden [2])

1) Estor's Anfangsgründe des gem. u. Reichsproc. (1752.) Tit 20 §. 186. — Claproth's Grundſ. v. Verf. d. Relation. §. 90. S. 130. a. E. (*edit.* 4.) — Wehrn Grundr. d. Lehre v. ger. Einwend. §. 76. u. 77.

2) Nur die beiden höchsten Reichs-Gerichte befolgten in dieser Rücksicht von einander abweichende Theorien. s. Schmelzer's Contumacialproceß S. 136 — 140.

Litiscontestation treffe. Den Zeitpunkt wann, oder richtiger, die Voraussetzungen unter welchen, dieser Nachtheil statt finden könne, bestimmten einige von ihnen überall nicht genau [3]; andere hingegen [4] machten die Realisirung des erwähnten Rechtsnachtheils, von einer vorangegangenen peremtorischen Ladung abhängig.

§. 2.

b) Gönner's Meinung.

Jene ältere Theorie, ward aber, mit unverkennbarem Scharfsinne, von dem berühmten Pro=Canzler Gönner angefochten, und von diesem behauptet, [5] daß der Beklagte, welcher gegen das Verbot des jüngsten Reichs=Abschiedes ohne specielle Litiscontestation nur Einreden vorbringe, durch die That erkläre, daß er die zuerst genannte Art sein Recht zu vertheidigen, nicht gebrauchen wolle; also die Klage durch die That einräume. Eine Meinung, welche dieser Schriftsteller gegen Weber's [6] Erinnerungen noch beibe-

3) Knorr Anleit. zum gerichtl. Proceß. 6. Hauptst. §. 1. *Colleg. pract. in Strykii introd. ad prax. forens. Witt.* 1697. *Sect. III.* §. 11.

4) Oelzens Anl. zur gerichtl. Prax. §. 167. — Hofmanns deutsche Reichsprax. §. 329. — Danz Grunds. des ordentl. Process. §. 170. vergl. mit §. 458.

5) Dessen Handbuch des Process. (*edit.* 2.) Bd. 2. Abhandl. 36.

6) Dessen Beiträge zu der Lehre von Klag. und Einr. Stück 2. und 3. S. 111. ff.

halten, und zu der ſich nun auch Grolman [7]) bekannt hat; eine Meinung ferner, bei deren conſequenter Durchführung, ohne Unterſchied zwiſchen vorangegangener peremtoriſcher oder dilatoriſcher Ladung des Beklagten, behauptet werden müßte, daß bei erkannter Unzulänglichkeit der allein vorgeſchützten Einreden, ſtets ſofort der Nachtheil der fingirten Litiscontestation eintrete. Denn Gönner betrachtet ſeine Behauptung nur als Auslegungs-Regel der Abſicht des Beklagten, und will in einem ſolchen Falle keinen Ungehorſam finden, ſondern den ausſchließlichen Vortrag von Einreden, als eine durch die That ſelbſt erfolgende Willens-Äuſſerung dieſes einzelnen Beklagten, ſich der verneinenden Einlaſſung nicht bedienen zu wollen, deshalb anſehen, weil nur unter Vorausſetzung dieſer Abſicht, deſſen Exceptionsſatz rechtsbeſtändig ſeyn könne [8]). Nach dieſer Anſicht würde dann aber offenbar darauf nichts weiter ankommen, ob der Beklagte zuvor peremtoriſch oder nur dilatoriſch geladen geweſen ſey, indem ſobald er ſich einmal wirklich vertheidigt, die geſetzlichen Vorſchriften über die Art ſich als Beklagter gegen eine Klage zu vertheidigen, ſtets die nämlichen ſind, folglich gleiche Gründe zu jener Auslegung in beiden Fällen vorhanden wären.

7) Deſſen Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsſtr (*edit* 2) S. 352.

8) Gönner's Handb. a. a. O. §. 10. u 12.

§. 3.

II) Widerlegung der Gönnerschen Meinung,
1) als nicht durchgreifend, allgemein betrachtet.

Erwägt man jedoch die Sache genauer, so dürfte die Gönnersche Meinung den Vorzug vor der älteren Theorie in diesem Punkte wohl sicher nicht verdienen. Denn als Auslegungs-Regel [9], muß sie davon ausgehen, daß die Beschränkung eines Exceptions-Satzes auf Einreden, eine concludente Handlung sey, aus welcher man den Verzicht des Beklagten auf die Vertheidigung durch verneinende Einlassung, zu folgern befugt wäre; dies ist aber keineswegs der Fall. Der Inhalt der Einreden soll und kann nämlich, nach Gönner's [10]) eignem Zugeständnisse, diese Folgerung nicht begründen, denn dagegen spricht der unabgeänderte Grundsatz des Römischen und canonischen Rechts, qui excipit non fatetur [11]), mithin müßte es nur die Form des Exceptions-Satzes (der ganzen Handlung, durch welche der Beklagte sich gegen die Klage vertheidigt) seyn, auf welche man jene Schlußfolgerung bauete, und in der That ist's auch der einfache Satz, auf welchen Gönner hierbei alles stützt, daß nach Vorschrift des

9) Ganz anders würde es sich mit einer Fiction verhalten, welche sich aber der Rechtsgelehrte nicht ohne Gesetz erlauben darf.

10) Dessen Handb. a. a. O. §. 6.

11) *L. 9. D. L. 9. C de exceptionib. c. 6. X. de except. c. 63 de reg. jur.*

J. R. A. es keinem Beklagten erlaubt sey, sich durch Einreden allein zu vertheidigen, sondern daß damit eine Litiscontestation stets verbunden seyn müsse, welche nur in Gestalt einer affirmativen generell gefaßt seyn könne. — Allein I) enthält der J. R. A. die Vorschrift, daß man stets die Litiscontestation mit dem Vortrage der Einreden verbinden solle, nicht so uneingeschränkt, wie man gewöhnlich anzunehmen pflegt, sondern diese Verpflichtung des Beklagten ist nur in Ansehung der peremtorischen und zwar illiquiden Einreden unbedingt wahr. Denn, daß liquide peremtorische Einreden zu Abwendung der Litiscontestation gebraucht werden können, hat gerade Gönner, überzeugend dargethan [12]; von den forideclinatorischen (mithin einer Art dilatorischer Einreden) spricht es der Buchstaben [13]) des J. R. A. aus, und bei den übrigen

12) Dessen Handbuch des Proceſſ. Th. 4. Abhandl. 78.

13) Die Worte des §. 40. im J. R. A. lauten also: „und hat der „Beklagte, in dem ersten Termin wann schon aufzügliche *exceptiones* „eingebracht, *pro arbitrio judicis* deren ungeach„tet (mit Vorbehalt, was nächst oben §. 37. *in fin* von den „Declinatorien erwähnet) auch mit seiner eventual hauptsächlichen „Handlung zu verfahren, so ihm jedoch, wann die *exceptiones* „erheblich befunden werden sollten, ganz unnachtheilig seyn, zu„mahl über die Declinatorien, wann sie einkommen, zuförderst „gesprochen, und der Beklagte in solchem Fall vor Erörterung „des *puncti Competentiae fori*, sich in der Hauptsache einzulassen „nicht verbunden, hingegen wann die Unerheblichkeit der vorge„brachten verzüglichen Einrede so weit befunden würde, daß sie „allein zu vorsetzlich und muthwilligen Aufschub der Sachen ein

dilatorischen Einreden übersieht man die bedeutungsvollen Worte desselben §. im J. R. A.

„pro arbitrio judicis"

wenn man uneingeschränkt annimmt, daß der Beklagte ihnen die eventuelle Litiscontestation jederzeit anzuhängen verpflichtet sey.

§. 4.

Besonders α) bei dilatorischen Einreden.

Das erste deutsche Gesetz, welches die eventuelle Einlassung neu [15]) eingeführt hat, ist der R. A. von 1570. §. 89. u. 90. laut dessen, neben den dilatorischen und namentlich auch declinatorischen Einreden, lis eventualiter jederzeit contestirt werden sollte [15]).

„gewendet worden, alsdann derselbe Beklagte in etliche Mark „Silber oder Gold, nach Beschaffenheit der Personen und Sa„chen, auf Ermässigung des Richters, condemniret, und dann „mit der Hauptsache förderlich verfahren werden soll."

14) *S. Stryk opera vol VIII. diss.* 9. §. 8—9.

15) in den Worten: „da der Kläger seine articulirte Klag einge„bracht, soll Beklagter im zweiten Termin seine *declinatorias* „oder andere *exceptiones*, dardurch das Recht differirt, oder die „Kriegs - Befestigung verhindert werden soll, zu produciren, „darneben *in Scriptis litem eventualiter*, oder aber da derglei„chen Einreden keine bevor, *litem pure* zu contestiren, auch zugleich „seine Auszüge, mit angehesten Antworten in *eventum* auf die „Articul und dann sein Peremtorial - oder Defensional - Articul, „da er einige hätt, einzubringen schuldig seyn.

„§. 90. Da aber kein Articulirte, sondern nur ein Summari„Klag einkommen, soll Beklagter im selben zweiten Termin, „neben seinen *declinatori* oder andern *dilatori* Einreden, auch

Allein bereits im Jahre 1594 fand man, daß dies einer Beschränkung [16]) bedürfe und verordnete, daß zwar eine eventuelle Litiscontestation den dilatorischen Einreden jeder Art, so wie deu litis ingressum impedientibus, angehängt seyn solle, indessen diese erst

„in *eventum* das Recht in *Scriptis*, zu befestigen, darzu seine ge„genwehrlige Articuln, wie nechst auch vermelt zu produciren „verbunden seyn, darauf dann ferners und samtlich, vermög der Ordnung, verfahren werden soll."

16) R. A. von 1594 §. 61. und 62. lautet also: „Zu dem daß „geklaget wird, wann gleich die Beklagte beständige *Exceptiones* „*declinatorias* fürzuwenden haben, daß sie doch nichts destoweniger, „Kraft angezogenen Reichs-Abschieds, die Haupt-Sach vergeb„lich mit einführen und tractiren lassen müssen, da hernach auf „befundene Erheblichkeit der Declinatorien, daß die Sachen an „das Kayserlich Cammer-Gericht nicht erwachsen, erkannt und „darüber grosser unerträglicher Unkosten verursacht wird, ferner „auch diß in Achtung gehavt, daß die Gefahr in solchem Fall „leichtlich vorlauffen mag, wann der Kläger des Beklagten Gele„genheit, *et quo jure quid possidea* gern wissen wollte, daß er „durch erdichte *narrata Procefs* ausbringe, und den Beklagten durch „den Weg obermeldter Ordnung und Ueberreichung solcher an„gedeuten Schrifften und Handlung, zu Eröffnung aller seiner „Gegenwehr, sowohl auch *tituli possessionis* leichtlich bringen mag, „darzu aber der Beklagte von Rechtswegen nicht verbunden, noch „es sonsten zu thun schuldig, sondern müste also seine eigene „*Arma* darreichen, in den Sachen merklich vernachtheilt, ja offt„mals der Defension gar verlustigt werden."

„Aus diesen hoch-bewegenden Ursachen haben Wir Uns damals „mit der Churfürsten, deputirter Fürsten und Stände, Räthe, „Bottschafften und Gesandten Bedenken dahin verglichen, daß son„derlich in Erwegung zur Zeit vor- und mehrberührter Reichs„Disposition zu Speier, der *termini finalis* noch gehalten, nun„mehr aber derselbig, Krafft dieses Abschieds gar abgeschafft, und

dann vollſtändig [17]) zu geſchehen brauche, wenn über jene Einreden erkannt worden ſeyn würde. Noch beſtimmter ſetzte der R. D. A. von 1600 §. 117. feſt, „es ſolle einem jeden freigelaſſen ſeyn, ſeinen exceptio„nibus, nachdem er ſolchen vertrauet, Eventual„Handlung auf ſeine Gefahr anzuhangen, oder dieſel„ben zu verlaſſen.“ Erwägt man nun, daß bei Abfaſſung des jüngſten Reichs-Abſchiedes der Entwurf [18]) im Reichsgutachten, welchen eine Deputation gemacht hatte, wieder unbeſchränkt auf das Gebot, die eventuelle Einlaſſung mit dem Vortrage der dilatoriſchen Einreden ſtets zu verbinden, antrug; daß aber bei den ſpäteren Deliberationen über jenen Entwurf, mehrere Reichsſtände dagegen ſtimmten [19])

„an deſſen Statt der *terminus praejudicialis* verordnet, zu Erläuterung ſolcher Conſtitution, zwiſchen den Sachen *simplicis querelae* „und *Appellationum* eine unterſchiedliche Abtheilung zu machen.“

17) Wie dies gemeint geweſen, das ergiebt folgende Würtembergiſche Abſtimmung auf dem Reichstage: „Wann nun allhier (in den „Worten des R. A. v. 1594. §. 63) die hauptſächliche Handlung „mit und neben Einbringung der dilatoriſchen Exceptionen dem „*Reo* nicht zugemuthet, ſondern allein *eventualis litis contestatio*, „*quae paucissimus fieri potest verbis*, injungirt wird.“

18) ſ. dieſes Reichsgutachten in v. Meiern *act. comit. Ratisb.* Th. 2. S. 429.

19) So ſtimmte Lauterek: „Bei dem §. Conſten nachdem ꝛc. „*et* §. hat der Beklagte allwo von dem *exceptionibus dilatoriis et* „*declinatoriis* gehandelt werde, ſey zu hart, daß dem *reo* „gleich hauptſächlich zu handeln *et quidem sub poena perditionis* „*causae* zugemuthet werden wolle, derentwegen ſolches billig zu „moderiren u. ſ. w.“ (ſ. v. Meiern a. a. O. 2. Th. S. 472.)

und dies zu hart fanden; so wird man sich leicht überzeugen, daß die in das Gesetz selbst, nachher aufgenommenen Worte,

„pro arbitrio judicis“

nicht bloß zufällig eingeschlichen seyen, sondern eine beschränkende Kraft haben sollten. Dies wird auch durch den Schluß desselben §. 40. noch unter-

Desgleichen Würtenberg (bei v. Meiern a. a. O. S. 568.) „Bei dem §. Sonsten nachdem rc. wird dem *Reo* auferlegt, „daß er gleich *in primo termino* seine *exceptiones dilatorias et* „*peremtorias* zumahlen einbringen solle und zwar *sub poena prae-* „*clusionis*, welches dann gar zu hart, indem ja der *Reus* erhebliche „*exceptiones dilatorias* haben kann, derentwegen ihm nicht zuzu- „muthen in der Hauptsache zu verfahren und seine *merita causae* „zu propaliren, ehe er darin Satisfaction erhalten — — — und „ob man wohl der Sachen, durch die angehängte Correctur in „dem Gutachten zu helfen vermeinet, daß nämlich die Verord- „nung im R. A. *de ao.* 1570 § 89., welche durch die gefolgte „Disposition im Reichs-Abschiede von 1594 §. 60. *seqq.* aufge- „hoben worden, jetzt wieder von neuem eingeführt werden solle, „so wird sich doch klärlich finden, daß damit kein Genüge ge- „schiehet, wenn man nur die *textus* gegen einander ein wenig „besiehet und collationirt.“ (Hier folgen die Worte jener Ge- „setze selbst.) „Wann nun allhier die hauptsächliche Handlung mit und neben Einbringung der dilatorischen Exceptionen dem *reo* „nicht zugemuthet, sondern allein *eventualis litis contestatio*, *quae* „*paucissimis fieri potest verbis* injungirt wird, auch ansonsten alle „(im R. A. von 1594) eingeführte *rationes* noch heute zu Tage „militiren und zumahlen das große Präjudiz und Gefahr so „allen Beklagten durch die Disposition des R. A von 1570 zu „wachsen kann, nicht verhütet wird; als wäre man dies Orts „der Meinung, daß es bei der anderwärtigen Verordnung des „R. A. v. 15.4 verbleiben und hiernach der §. „Und hat der „Beklagte rc. (40. des J. R. A.) corrigirt werden solle.“

stützt, wo in Ansehung zum muthwilligen Aufschub der Sache vorgeschützter, nicht allein forideclinatorischer [20]), sondern überhaupt „verzüglicher“ Einreden eine Geldbuße gedrohet wird, welche doch nicht allgemein anwendbar wäre, wenn mit den übrigen dilatorischen Einreden, ausser den forideclinatorischen, die Einlassung durchaus verbunden werden müßte, folglich ein muthwilliger Aufschub der Sache, durch alle andere so wenig bewirkt, als beabsichtiget werden könnte. Auch kann man gegen diese Meinung den §. 37. des J. R. A. nicht anführen, da dieser nur die allgemeine Regel von vollständigem Vortrage der ersten Vertheidigung des Beklagten auf die Klage angiebt, wegen der Ausnahme aber, sich ausdrücklich auf den §. 40. bezieht und hieraus in Hinsicht derselben folglich [21]) ergänzt werden muß.

§. 5.

Fortsetzung.

Legt man diese Meinung zum Grunde, so läßt sich dann auch ohne Schwierigkeit der allgemein und auch von Gönner [22]) mit Recht angenommene Satz

20) Gewöhnlich nimmt man freilich nur an, daß eine Geldbuße, wegen frivoler forideclinatorischer Einreden statt finde. Neurodes pragmat. Erl. des jüngsten R. A. S. 192. §. 2. Dagegen aber Grolman's Theorie des bürgerl. Verf. §. 176. *not. a. (edit. 2)*

21) *Nov.* 119. c 3.

22) Gönner a. a. O. 2. Th. S 187.

rechtfertigen, daß mit solchen dilatorischen Einreden keine eventuelle Einlassung verbunden zu werden brauche, welche wesentliche Mängel der Personen, der Ladung oder des Klagschreibens rügen, oder welche mit einer Einlassung im geraden Widerspruche stehen würden. Bei angenommener entgegengesetzter Theorie hingegen, dürfte wohl schwerlich aus „natürlichen Grundsätzen" und nach dem Princip der Zweckmäßigheit, sich folgern lassen, daß der Gesetzgeber die eventuelle Einlassung (seines uneingeschränkten Gebots ungeachtet) schon stillschweigend so oft erlassen habe, als der Beklagte glaubt, wesentliche Mängel des Processes rügen, oder der Einlassung widersprechende Einreden brauchen zu können; wegen der mannigfaltigen Irrthümer, in die der Beklagte desfalls leicht gerathen könnte, möchten vielmehr die Gründe für eine eventuelle Litescontestation, allerdings ebenfalls dabei eintreten, und desto weniger [23]) würde man befugt seyn, die (supponirte) allgemein lautende Gesetzes-Vorschrift hier zu beschränken.

§. 6.

Fortsetzung.

Bleibt es, nach dem bisherigen, also den Gesetzen angemessen zu behaupten, daß die eventuelle Einlassung nur dann irgend einer dilatorischen Ein-

23) obnehin läßt sich der Grundsatz, *cessante ratione legis, cessat lex ipsa*, bekanntlich nur unter vieler Beschränkung annehmen. — Thibaut's Theorie der logisch. Ausl. (*edit.* 2.) §. 22.

rede angehängt werden müsse, wenn das richterliche Ermessen diese Verbindung passend findet, worüber ja, eben darum, nicht in allen Fällen, eine Regel entscheiden soll; so kann man mit Gönner nicht sagen, daß eine Exceptionalhandlung illegal abgefaßt sey, in welcher dilatorische Einreden allein und ohne eventuelle Einlassung vorgetragen sind. Der Beklagte muß dabei vielmehr befugt seyn, zuvor eine Erklärung des Gerichts über die concrete Nothwendigkeit der Verbindung jener beiden Theile seines Vortrags zu erwarten, und wenn dies der Fall ist, wenn eine Trennung hier rechtlich erlaubt ist, so kann in dieser Trennung an sich, keine Prämisse liegen, aus welcher man schlußgerecht einen Verzicht auf die (erlaubterweise) jetzt noch hinweggelassene Litiscontestation folgern könnte. Nur erst dann, wenn das Gericht im einzelnen Falle die Verbindung beider Vertheidigungs-Arten befohlen hätte, nur erst dann könnte man von einem Verluste [24]) des hinweggelassenen Mittels der Vertheidigung reden. — Somit wäre dann Gönners Meinung (§. 2.) schon nicht durchgreifend wahr, und könnte nur noch bei dem Vortrage von illiquiden (§. 3.) peremtorischen Einreden, wenn diesen keine Eventual-Einlassung beigefügt worden wäre, in Frage kommen.

24) Man betrachte die Folgen des Unterbleibens nun, als auf einem Verzichte beruhend, oder als eine Art von Strafe.

§. 7.

β) Bei illiquiden peremtorischen Einreden.

Was nun aber auch diese betrifft, so wird Gönner's Auslegungs-Regel, selbst dann nicht durchgreifend seyn, wenn auch nur der Fall in Frage wäre, wo der Beklagte sich allein, durch Vorschützung einer illiquiden peremtorischen Einrede (ohne alle Litiscontestation) zu vertheidigen versucht hätte. Denn 1) was nützt uns eine Auslegungs-Regel, bei vorhandener deutlicher und bestimmter [25]) Willens-Erklärung? Wie also, wenn der Beklagte in solchem Falle namentlich erklärt, er wolle sich die Litiscontestation auf allen Fall reserviren, und hoffe, durch jene Einrede schon allein, hinreichend gedeckt zu seyn? Könnte man dann wohl durch Interpretation, oder richtiger, durch Entstellung seiner Absicht, hier etwas wirken? Eine Bestrafung der absichtlichen, von ihm ausdrücklich erklärten, gesetzwidrigen Vertheidigungs-Art, eine Strafe, welche etwa in Fiction seines Verzichts auf verneinende Litiscontestation bestehen könnte, diese wäre hier möglich, hingegen keine Auslegung seines deutlichen Willens mehr zulässig, und zu jener Fiction und Strafe dürfte man dann ohne Gesetz [26]) nicht schreiten.

25) *L. 25. §. 1. L. 69. pr. D. de legatis. III.*

26) Glück's Pand. Commentar. 1. Th. §. 40. S. 273. (*edit. 2.*) Gönner scheint aber überhaupt in der ganzen Lehre vom Con'

Geſetzt indeſſen 2) der Beklagte hätte ſich bei Vorſchützung der illiquiden peremtoriſchen Einrede, auch nicht ausdrücklich die Litiscontestation reſervirt, würde man dann ſtets hinreichende Prämiſſen zu der Schlußfolgerung haben, daß er ſich dieſer Vertheidigungs-Art mithin begeben habe? Man leſe, was ſelbſt Gönner an einer andern Stelle [27]) ſehr richtig von dem Falle deducirt, wo ein Beklagter proceßhindernde Einreden (und als ſolche betrachtet dieſer Schriftſteller, doch nur peremtoriſche!) auf unzuläſſige Weiſe, und dennoch ohne die eventuelle Einlaſſung anzuhängen, vorgeſchützt hat. Richtig behauptet er, daß nur auf Koſtenerſatz und allenfalls eine Geldbuße gegen einen ſolchen Beklagten erkannt werden könne, keineswegs aber, ein Präjuditz in der Hauptſache. Iſt dies wahr, ſo kann man, aus denſelben Gründen, nie mit Sicherheit annehmen, daß der Beklagte welcher peremtoriſche, jedoch illiquide Einreden allein vorbrachte, Willens geweſen ſey, der verneinenden Litiscontestation zu entſagen. Konnte er ja doch die Idee haben, jene Einrede als eine proceßhindernde vorzuſchützen! in welchem Falle, ſein ſtillſchweigender Verzicht, wie ſo eben bemerkt iſt, nicht ſupponirt werden darf. Iſt dieſe Auslegung aber recht-

tumacialverfahren, den fingirten, mit dem ſtillſchweigenden Verzichte zu verwechſeln.

27) Deſſen Handbuch des Proceſſes. Theil 4. Abhandlung 78. §. 26 — 28.

lich möglich, ſo verdient ſie bekanntlich, ſtets den Vorzug[28]) vor derjenigen, welche einen Verzicht auf ausgemachte Befugniſſe enthält. Hiergegen wende man auch nicht ein, daß wenigſtens der Verſuch die peremtoriſche Einrede ſofort liquid zu machen, zum Kennzeichen diene, ob ſie proceßhindernd habe ſeyn ſollen. Iſt dieſes Kennzeichen wohl in den Geſetzen ausgeſprochen? Man leſe doch Gönners ſchöne Entwickelung dieſer Materie[29]) und man wird es verzeihlich finden, wenn ein Beklagter (unbekannt mit dieſer doctrinellen Deduction der Nothwendigkeit ſchneller Beweisführung ſeiner Einrede) jenen Verſuch um ſo mehr unterlaſſen hat, je weniger das canoniſche Recht derſelben bei proceßhindernden Einreden[30]) gedenkt. Man wird aus dieſem Unterlaſſen, mithin nicht folgern können, daß bei der ohne Beweis vorgeſchützten peremtoriſchen Einrede, die Abſicht nicht geweſen ſey, ſie als eine proceßhindernde zu brauchen.

§. 8.

2) Als geſetzwidrig

Sollte man indeſſen, dieſer Gründe ungeachtet, noch immer geneigt ſeyn, eine hinreichende Willens-

28) *L. 9. D. de reg. jur.* — Glück a. a. O. 4. Th. §. 290. S. 97. u. f. u. f.

29) Deſſen Handbuch Th. 4. Abhandl. 78. §. 1 — 13.

30) *c. 1. de litis contest. 6.*

Erklärung des Beklagten, durch den alleinigen Vortrag einer illiquiden peremtorischen Einrede, sich der negativen Einlassung begeben (mithin litem affirmative contestiren) zu wollen, anzunehmen, und diese Auslegungs-Regel aus allgemeinen Ansichten zu vertheidigen; so würden dann aber noch II) die Gesetzes-Worte zu erwägen seyn:

„Si oblato ab actore libello ex parte rei exce-„ptio peremtoria proponatur, nequaquam „per hoc litis contestatio intelligitur „esse facta. Immo ea non obstante — — „fieri oportebit eadem [31]."

Ist hier dem Richter nicht auf das deutlichste verboten, die Einlassung auf eine Klage aus dem Vorschützen irgend einer peremtorischen Einrede zu folgern? Und folgt es nicht von selbst, daß da wo überall keine Einlassung diesem Gesetze nach erfolgt ist, daß da eben so wenig von der bejahenden als verneinenden Einlassung die Frage seyn könne? Die Schlußworte, daß ungeachtet der vorgetragenen Einrede, die Einlassung erst noch geschehen müsse, zeigen doch ebenfalls wohl klar, daß der Gesetzgeber die Auslegung, als stecke dieselbe in der Einrede, mißbillige; ohne dies, wäre sie ja bereits vorhanden. — Zwar wird man vielleicht hiergegen einwenden, diese Stelle des canonischen Rechts, komme bei dieser, in deutschen Gesetzen neu bestimm-

31) c. 2. de lit. contest. 6.

ten Materie nicht zur Anwendung [32]); allein man bedenke doch, daß die rechtliche Natur der peremtorischen Einreden, es von jeher [32]) zum Grundsatze machte, daß sie erst nach der Litiscontestation in Frage kommen konnten; daß mithin ehemals, dieselben Gründe vorhanden waren, einen stillschweigenden Verzicht auf verneinende Litiscontestation aus dem alleinigen Vorschützen derselben herzuleiten, wie heutigestags. Dann wird man in dem Inhalte des J. R. A. keine Abänderung der eben excerpirten Stelle des canonischen Rechts finden, wenn man auch auf den bekannten Rechtssatz, daß spätere allgemeine Gesetze frühere specielle nicht aufheben [34]), hierbei keine Rücksicht nehmen wollte. Denn der J. R. A. ändert bei den peremtorischen Einreden gar nichts, was ihre Stuffenfolge, ihr Verhältniß zu der Litiscontestation betrifft, sondern gebietet als etwas neues, nur a) sie alle auf einmal vorzuschützen und b) dieselben in dem nämlichen Termine (mündlichen oder schriftlichen Verhandlung) vorzutragen, worin auch die Litiscontestation erfolgt. Warum sollte daher das Verbot des canonischen Rechts nicht noch jetzt bestehen, daß aus dem ὕστερον πρωτερόν, was auch damals der Beklagte bereits begieng, wenn er vor der Litiscon-

32) Gönner's Handbuch. 2 Th. S. 238.

33) *L. 9. C. de exception.*

34) Gönner's juristische Abhandlung 1795. Band 1. Abhandl. *VII.* §. 10. ff.

testation die peremtorischen Einreden allein vorschützte, dennoch gar keine Litiscontestation gefolgert werden solle?

§. 9.

III) Resultat.

In jeder Rücksicht scheint daher Gönners Meinung den bestehenden gemeinen Gesetzen nicht zu entsprechen und es vielmehr bei der älteren Behauptung bleiben zu müssen: daß ein Beklagter, welcher sich nur allein durch Einreden vertheidigt, bei deren Verwerfung oder Illiquidität, den Rechtsnachtheil des Ungehorsams, mithin der fingirten negativen Einlassung, als die ordentliche Strafe seines Ungehorsams, zu leiden habe. — Ist dies, so fragt es sich nun auch, wie bald dieser Rechtsnachtheil ihn treffe? Die hier folgenden Rechtssprüche des hiesigen Spruchcollegii, ergeben nicht nur, daß man jene Gönnersche Theorie hier für die richtigere nicht gehalten habe, sondern entwickeln auch den Satz, daß jene Ungehorsams-Strafe erst alsdann eintreten könne, wenn der Beklagte von der Unzulänglichkeit seiner Einrede, durch ein richterliches Decret belehrt und peremtorisch zur Einlassung auf die Klage geladen gewesen ist, dennoch aber bei solcher illegalen Vertheidigungs-Art beharret hat.

§. 10.

Erstes Urtheil.

In Sachen der — zu — und des für deren minderjährigen Sohn Otto Philipp, bestellten Curatoris,

des — zu — Kläger an einem, wider den — zu — Beklagten am andern Theile, wegen Besitz-Entsetzung auch zu entrichtender Alimente und Genugthuung; erkennen — — nach vorgehabtem Rathe auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

Daß der mitklagende — — sich zuförderst durch Beibringung seines Curatorii zum Processe zu legitimiren, beide Kläger auch, den ihnen von Amtswegen zugeordneten Anwalt, den Procurator — mit genügender Vollmacht zu versehen schuldig seyen; zu welchem Ende ihnen eine Frist von vier Wochen nach Eröffnung dieses Urtheils, hiemit bestimmt wird. Hingegen hat es, unerheblichen Einwendens ungeachtet, bei der geschehenen Cautions-Bestellung lediglich sein Bewenden. — So viel aber die Hauptsache anlangt, so findet zwar der Kläger Suchen, in so weit es darauf gerichtet ist, den Beklagten anzuhalten, daß er den mit der Klägerin angeblich erzeugten unehelichen Sohn per rescriptum principis legitimiren lasse, und standesmäßig versorge, als in Rechten nicht gegründet, überall nicht Statt; allein im übrigen ist Beklagter, Einwendens ungeachtet, sich auf die erhobene Klage einzulassen, und da er dies dennoch unterlassen hat, die Kosten des verzögerten Rechtsstreits, mit Einschluß der jetzigen Acten-Versendungs-Kosten, den Klägern, nach vorhergegangener Verzeichnung und richterlicher Ermäßigung, zu erstatten verbunden. Würde nun derselbe, binnen einer ihm hiemit be-

stimmten peremtorischen Frist von vier Wochen nach Eröffnung des gegenwärtigen Urtheils, sich auf die erhobene übrige Klage nicht noch gebührend einlassen, so wäre der Krieg Rechtens für befestiget und die Klage, so weit sie dermahlen nicht verworfen ist, für geleugnet anzunehmen, Beklagter auch seiner Einreden für verlustig zu erklären und weiter in der Sache zu erkennen was Recht ist. — Übrigens wird dem Sachführer der Klägerin, — zu — die anzügliche Schreibart, deren er sich in der Klagschrift bedient hat, hierdurch ernstlich verwiesen.. V. R. W.

§. 11.

Entscheidungs-Gründe.

Da der Beklagte sich bis jetzt auf die erhobene Klage noch überall nicht eingelassen hat, so muß der Haupt-Gegenstand der dermahligen Entscheidung in der Frage bestehen: ob derselbe hierzu verbunden gewesen, und was sein in diesem Stücke bewiesener Ungehorsam für rechtliche Folgen haben müsse? — Die Verpflichtung des Beklagten sich auf die erhobene Klage einzulassen, leidet nun, am wenigsten aus dem Gesichtspunkte, aus welchem der Beklagte sich dessen geweigert hat, auch nur den mindesten Zweifel. Denn, da weder die Einrede einer zu bestellenden Caution für die Unkosten, noch auch die eines zu ernennenden Procuratoris, etwas mehr sind, als einfach dilatorische Einreden, mit denen eine eventuelle Einlassung auf die Klage zu verbinden, eben so wohl möglich, als,

selbst bei einer völligen Begründung der Einreden nicht überflüssig war, so fand hier die Vorschrift des jüngsten Reichs-Abschiedes, §. 37. und 40., ihre vollkommenste Anwendung [35]), mithin wäre der Beklagte, da er den Rechts-Grund der erhobenen mehreren Klagen gar nicht einmal bestritten hat, seiner genannten beiden dilatorischen Einreden ungeachtet, sicher verbunden gewesen sich zugleich, bedingt auf die Klage einzulassen [36]). Auch konnte sein dritter Antrag in der Exceptions-Schrift, ihm Genugthuung für die anzügliche Schreibart in der Klage, von dem Sachführer der Klägerin zu verschaffen, von einer eventuellen Einlassung ihn offenbar nicht befreien, da dieser Incidentpunkt, welchen der Fehler eines Dritten veranlaßt hatte, die Rechts-Verfolgung der Klägerin aufzuhalten durchaus nicht vermochte und nicht einmal eine einfach dilatorische Einrede für die Hauptsache begründete, sondern nur eine Ahndung [37]) der etwan begangenen Ehrenkränkung zur Folge haben konnte.

§. 12.

Wenn man aber auch, ausser diesen zu Abwendung der Einlassung nicht genügenden Einreden des

35) Martins Lehrbuch des gemeinen deutschen bürgerlichen Processes. §. 143. (*edit.* 2.) — Gönner's Handbuch des Processes. 2 Th. Abh. 33. §. 7. (*edit.* 2.)

36) R. A. v. 1570. §. 89. und 90. R. A. v. 1594. §. 59. u. 60.

37) *Reinharth Observ. ad Christinaei decis. vol. II. Obs.* 16. n. 2. 3. 5. — A. D. Weber über Injurien und Schmähschriften. 3 Th. S. 165.

Beklagten, von richterlichen Amtswegen die Frage untersucht, ob die erhobenen Klagen nicht offenbar rechtswidrig seyen, mithin deshalb, der Beklagte sich darauf einzulassen nicht verbunden gewesen, indem es die Pflicht eines jeden Gerichts mit sich bringt, Klagen, denen es am Rechts-Grunde fehlt, sofort, auch unaufgefordert [38]) vom Beklagten, zu verwerfen; so wird sich dennoch nur einer, der von der Klägerin verfolgten Ansprüche, zu einer sofortigen Verwerfung geeigenschaftet finden, mithin die Verpflichtung des Beklagten, sich auf die übrigen dennoch einzulassen, ausser Zweifel bleiben. Es fällt nämlich in die Augen, daß der Antrag der Kläger — den Beklagten zu verurtheilen, den von der Klägerin im Ehebruche, angeblich mit ihm, erzeugten Sohn per rescriptum principis zu adelichen Wappen, Stamms- und Lehnfolge legitimiren zu lassen und für dessen standesmäßiges weiteres Fortkommen zu sorgen, — geradezu rechtswidrig sey, indem die mitklagende Mutter in der Klage selbst eingestanden, daß bei Erzeugung und Geburt dieses Sohnes sie noch in der Ehe mit dem Kaufmanne K. — gestanden und nicht einmal einigen Scheingrund gehabt habe zu glauben, daß die Trennung von ihrem Ehemanne bereits erfolgt, noch weniger aber, daß sie des Beklagten rechtmäßige Gattin gewesen sey; * vielmehr bescheidet sich die Klägerin sehr richtig, daß selbst das angebliche Eheversprechen, welches der Beklagte ihr vor der Schwängerung,

38) *J. H. Böhmer J. E. P. libr. 1. tit. 32. §. 30. sqq.*

auf den Fall ihrer Ehescheidung von dem — geleistet habe, zu Recht nicht bestehe [39]). Diesemnach ist aber durchaus nicht abzusehen, wie sie in Beziehung auf die Rechte ihres Sohnes, ein matrimonium putativum mit Beklagten habe behaupten und allenfalls die Rechte der Brautkinder in Anspruch nehmen mögen.

Der mitklagende Curande ist vielmehr offenbar, nur als ein im Ehebruche erzeugtes Kind zu betrachten und zwar von seinem Vater, nach neuerem Rechte [40]), die Verabreichung natürlicher Alimente zu fordern berechtigt; allein weder eine standesmäßige Versorgung, noch die Bewirkung der Legitimation per rescriptum principis, gehört zu den Pflichten irgend eines unehelichen Vaters [41]), mithin ist der Kläger hierauf gerichtetes Suchen ohne allen Rechts-Grund, so wie insbesondere auch die begehrte Legitimation zu adelichen Wappen, zur Stamms- und Lehnfolge, durch ein Rescript nicht einmal erfolgen könnte [42]).

§. 13.

Hingegen die übrigen Ansprüche der Kläger sind theils nicht so offenbar rechtswidrig, daß sie von rich-

39) *C. 1 3. 5. 6. X. de eo qui duxit in matrim. quam poll. adult.*

40) *C. 5. X. de eo qui duxit in matrim. quam polluit adult.*

41) *Wernher Obs. jur. universi tom. 1. pte. 3. Obs.* 49.

42) *II. F. 26 §. 11.* Glücks Commentar über die Pandecten. 2 Th. § 146. — G. L. Böhmer's Rechtsfälle. 2 Bd. *Resp.* 128. *n.* 38.

terlichen Amtswegen ſofort für unſtatthaft hätten er- klärt werden mögen, theils ſind ſie vielmehr nach er- wieſenen oder eingeſtandenen Thatſachen, welche die Klägerin behauptet hat, den Rechten völlig gemäß, und nur etwan noch Modificationen durch das richter- liche Ermeſſen unterworfen, wovon aber erſt nach völlig geſtattetem Gehöre beider Theile die Frage ſeyn kann. Es war ſolchem allen zufolge, des Beklagten unverkennbare Pflicht, ſich auf die von den Klägern er- hobene übrige Satisfactions- und Alimenten- auch In- jurien- und Spolienklagen einzulaſſen. Da er nun aber die Einlaſſung dennoch verweigert hat, ſo mußte ihm dazu jetzt noch eine letzte und peremtoriſche Friſt, un- ter Androhung der bevorſtehenden Rechts-Nachtheile anberaumt und er in die Koſten des verzögerten Rechts- ſtreites verurtheilt werden.

§. 14.

Denn dem Geſuche der Kläger, ſchon jetzt litem pro negative contestata anzunehmen und den Beklag- ten aller Einreden für verluſtig zu erklären, die Klä- ger aber zur Beweisführung zuzulaſſen, hat, als vor- eilig angebracht, aus der Urſache noch zur Zeit nicht Statt gegeben werden können, weil eines Theils a) alles dasjenige was in Beziehung auf die eigen- thümliche Verfaſſung der höchſten Reichs-Gerichte in der Reichs-Geſetzgebung von den Terminen eines Rechtsganges verordnet iſt, keine unbedingte Anwen- dung auf die mit anderer Verfaſſung verſehenen Ter-

ritorial-Gerichte leidet [43]), mithin auch nicht behauptet werden kann, daß die Vorschrift der gemeinen Rechte [44]), daß nur erst die dritte Ladung im Civil-Proceß eine peremtorische seyn solle, für alle deutsche Gerichte, durch Anordnung der bei den höchsten Reichs-Gerichten allein bestimmten, an sich schon peremtorischen Termine aufgehoben worden sey; vielmehr muß bei den Territorial-Gerichten noch jetzt behauptet werden, daß den Beklagten erst dann der Verlust seiner Einreden treffen könne, wenn er drei Mal vergebens zu deren Vortrage aufgefordert, oder doch eine, statt dreier Fristen, ihm unter ausdrücklicher Androhung der Präclusion vorgeschrieben worden ist [45]), woran es doch in gegenwärtiger, in den bedingten Mandats-Proceß* ohne hinreichenden Grund eingeleiteten, eben so illiquiden, als wichtigen Rechtssache gänzlich mangelt.

§. 15.

Andern Theils b) ergiebt aber auch die Geschichte der Gesetzgebung, daß die zuerst ohne alle Einschränkung in dem Reichs-Abschiede von 1570. §. 89. und 90. ergangene gesetzliche Vorschrift, zugleich mit dem Vortrage der dilatorischen Einreden, eine eventuelle Einlassung auf die Klage zu ver-

43) Gönner a. a. O. *I.* Th. Abh. 2. §. 8.

44) *L. 68 — 71. D. de judiciis. L. 9. quomodo et quando judex.*

45) *L. 53. §. 1. D. de re judicata. L. 71. D. de judiciis.* — Sieber von dem gerichtlichen Processe §. 527.

binden, in dem jüngsten Reichs-Abschiede §. 40. durch den Zusatz:

"pro arbitrio judicis deren ungeachtet"

eine Beschränkung erhalten habe; daher man dann auch mit gutem Grunde, die Nothwendigkeit einer eventuellen Einlassung auf die Klage, bei Vorschützung solcher dilatorischen Einreden, welche mit der Einlassung auf die Klage im Widerspruche stehen, oder diese als sich er vergeblich darstellen, ausnahmsweise erläßt. [46]). Es gehört mithin zu den Pflichten des Gerichts, welches den einzelnen Rechtsstreit leitet, sofort auf die Verhandlung der Exceptions-Schrift durch ein proceßleitendes Decret zu bestimmen [47]), ob nach seinem Ermessen, in diesem Falle eine eventuelle Einlassung den nur allein vorgeschützten dilatorischen Einreden beizufügen sey, oder nicht? und eine Versäumniß dieser gebührenden Proceß-Direction kann nur die Folge haben, daß in dem ersten Urtheile, unter Condemnation des säumigen Beklagten zum Kostenersatze (als einer Schadens-Vergütung) dasjenige nachgeholt werde [48]), was gleich auf die Exceptionsschrift hätte decretirt werden sollen, indem der Beklagte keine be-

46) Grolmann's Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 171. a. E. (*edit.* 2) — *Schaumburg princip. prax. judiciar. L. 1. S. 1. m. 2. c. 4. §. 6. not. 5).*

47) Claproth's Grundf. von Verfert. der Relationen. §. 90. S. 130. a. E. (*edit* 4.)

48) Von Quistorp's kleinere juristische Schriften 1 Samml. S. 36. — Pütter's Rechtsfälle. 1 Bd. *dec.* 102. *th. gen. II.*

sondere Rechtsnachtheile deshalb zu erdulden haben kann, weil das Gericht seine Obliegenheiten nicht erfüllet hat.

§. 16.

Da nun in dem vorliegenden Falle die unvollständige Exceptions-Schrift sofort und ohne alle Zurechtweisung des Beklagten, ad replicandum ist communicirt worden, so mußte eine nochmalige, aber endliche und peremtorische, Aufforderung an den Beklagten, sich auf die Klage einzulassen, bei anerkannter Unzulänglichkeit seiner dilatorischen Einreden beschlossen werden, indem die bisherige ausserordentliche Verzögerung dieses Rechtsstreits, es empfahl, der richterlichen Befugniß, mehrere Termine in einen peremtorischen zusammen zu ziehen [49], sich dermahlen zu bedienen.

§. 17.

Auch können die Kläger nicht mit Grunde, eine ihnen schädliche Verzögerung ihrer Beweisführung hieraus herleiten, indem es ihnen ja freistehet eine Beweisführung in perpetuam rei memoriam, bei dazu geeigneten Umständen, einzuleiten, übrigens aber zu erwarten ist, daß die den Beklagten gegenwärtig vertretende Guts-Administration, von selbst geneigt seyn werde, nicht durch unnöthiges, oder besserem Wissen zuwiderlaufendes Ableugnen von Thatsachen, die Beweisführung vergeblich zu erschweren.

49) *L. 72. D. de judiciis.*

§. 18.

So wie ſich nun aus allem dieſem das vorliegende Haupt=Erkenntniß hinreichend rechtfertigt, ſo bedarf es auch keiner ausführlichen Deduction, daß über die Neben=Punkte anders nicht, als geſchehen iſt, habe erkannt werden können. Denn da 1) die Legitimation zum Proceſſe ein weſentliches Stück des ganzen Verfahrens ausmacht, ſo mußte deren Mangel bei dem mitklagenden Curatore und dem Anwalte der Kläger, obgleich letzterer ex Officio ihnen zugeordnet iſt, da dieſe Ernennung nur die Pflicht des Procurators, das Geſchäft zu übernehmen, begründet, allein die Einwendungen der Partei gegen das ernannte Individuum nicht ausſchließſet [50]), ebendaher aber auch die Stelle der Bevollmächtigung nicht vertreten kann, — von richterlichen Amtswegen [51]) gerügt, und deshalb das nöthige verfügt werden.

§. 19.

2) An der Zulänglichkeit der wegen der Unkoſten geleiſteteten Bürgſchaft, würde es aber deſto vergeblicher ſeyn dermahlen noch zu zweifeln, da die Klägerin nach dem gerichtlichen Zeugniſſe * ſich zum Genuſſe des Armenrechts qualificirt, mithin ſogar mit aller Cautions=Leiſtung durch Bürgen oder Pfand zu verſchonen ſeyn würde [52]).

50) Gönner a. a. O. 1 Th. S. 510. *lit. e*).

51) Dapp von der Legitimation zum Proß. §. 6.

52) *Schaumburg l. c. L.* 1. *S.* 2. *c.* 3. §. 2. *not.* 1).

§. 20.

Da hiernächst 3) in dem Decrete vom 8. May 1797. fol. 99. b Actor. dem jetzigen Erkenntnisse die Ahndung der für den Beklagten beleidigenden Schreibart, welche in der Klage sich findet, vorbehalten ist, und dann zwar die Thatsachen selbst, welche zum Grunde der eingeklagten Ansprüche gelegt sind, — mögen solche auch noch so nachtheilig für die Ehre des Beklagten seyn, — dennoch jetzt, vor entschiedener Hauptsache, noch keinen Grund zu einer Injurien-Klage [53]) des Beklagten abgeben können, gleichwohl aber die Art und Weise wie solche vorgetragen worden sind und die dabei gebrauchten unnöthig bitteren und anzüglichen Ausdrücke z. B. * allerdings eine Ahndung erfordern [54]), so hat deshalb dem Concipienten der Klagschrift, dem dies eigentlich allein zur Last fällt, für diesmal ein ernstlicher Verweis zuerkannt werden müssen.

§. 21.

Was endlich 4) die Kosten der jetzigen Acten-Versendung anlangt, so enthalten diese in der vorliegenden Sache auf Seiten der Kläger keinen freiwilligen und unnöthigen Aufwand, indem die Versendung der Acten von Amtswegen beliebt ist, * mithin müssen sie,

53) A. D. Weber über Injurien und Schmähschriften. 3 Thl. S. 129 — 156.

54) R. Pol. Ordn. v. 1577. *tit.* 33. — A. D. Weber a. a. O. S. 165. ff.

wie die übrigen Proceßkosten dieser Instanz, von dem Beklagten allein getragen werden, da er, die durch seine ungerechte Proceß-Verzögerung veranlaßten Unkosten zu tragen und respective zu erstatten, hat verurtheilt werden müssen.

Wir sind daher allenthalben, so wie geschehen ist, zu erkennen bewogen worden.

§. 22.

Zweites Urtheil.

In Sachen des Johann Georg H. zu — Beklatens, nun Querulantens und Appellantens an einem, wider seine angenommenen Kinder Marie Margarethe, verehelichte F. zu — und Georg Martin H. zu — Kläger, nun Querulaten und Appellaten am andern Theile, die Rescission eines Abfindungs-Vergleiches betreffend, erkennen — nach vorgehabten Rathe auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

Daß zwar die gebetene Restitutio in integrum contra lapsum fatalium nicht Statt finde, dagegen aber der untergerichtliche Bescheid vom 10. September 1804 als unheilbar nichtig zu cassiren und unter dessen gänzlicher Beiseitesetzung Querulant noch zur Zeit nur schuldig zu erkennen sey, unerheblichen Einwendens ungeachtet, auf die erhobene Klage binnen einer ihm vom Untergerichte zu setzenden Frist sich gehörig einzulassen und zu antworten, auch die durch seine

bisherige Weigerung den Querulaten in unterer Instanz verursachten Kosten, salva moderatione zu erstatten, zu welchem Ende die Sache nach eingetretener Rechtskraft dieses Erkenntnisses, an den Unterrichter zum fernern Verfahren remittirt werden soll. Uebrigens wird der Amtmann — zu — verurtheilt, dem Querulanten sämmtliche in jetziger Instanz von ihm aufgewendete Unkosten nach deren Verzeichnung und oberrichterlicher Ermäßigung, mit Einschluß der auf seinen Antheil fallenden dermahligen Verschickungs-Kosten zu ersetzen. V. R. W.

§. 23.

Entscheidungs-Gründe.

In gegenwärtiger Sache ist A) so viel ausser Zweifel, daß die von Querulanten verlangte Restitution gegen den Ablauf der Fatalien nicht statt finde. Denn u. s. w.

Da nun nach der Vorschrift des dortigen Landrechtes, wenn die sechs Wochen versäumt sind, ausser den causis minorum, (wovon hier keine Frage ist) bloß noch die Nullitäts-Klage, „für welche in ge„meinen Rechten eine lange Zeit gesetzt ist“, Statt finden soll, hierunter aber nur die Klage über unheilbare Nichtigkeit verstanden werden kann, weil bei den heilbaren, nach gemeinem Rechte das fatale interponendae gleichfalls beobachtet werden muß [55]),

55) *R. I. N.* §. 121. 122.

ſo kommt es B) einzig darauf an, ob das unterrichterliche Erkenntniß als unheilbar nichtig angeſehen werden könne; in welchem Falle Querulant ohne Zweifel noch gehört werden muß.

§. 24.

Dieſe Nichtigkeit muß nun zwar im vorliegenden Falle einzig in weſentlichen Mängeln des Verfahrens geſucht werden, da in Anſehung des Richters und der Partheien nichts zu erinnern ſteht, und Nichtigkeiten, die aus dem Inhalte eines Erkenntniſſes entſtehen, nach den klaren Worten des Geſetzes, immer zu den heilbaren gehören [56]. Allein ein ſolcher weſentlicher Mangel liegt auch ohne Zweifel im unterrichterlichen Verfahren deshalb, weil in einer Lage des Proceſſes, wo erſt auf Einlaſſung hätte erkannt werden müſſen, definitiv condemnatoriſch ante litem contestatam erkannt worden iſt.

Querulant hatte nämlich, als er zuerſt vor dem Amte erſchien, die einzelnen zum Grunde der Klage gelegten Facta gar nicht beantwortet, ſondern ſich, um die Klage ſogleich abzulehnen, bloß auf das gerichtlich confirmirte Vergleichs-Inſtrument berufen: er hatte mithin eine exceptio litis ingressum impediens, ohne eventuelle Einlaſſung vorgeſchützt. —

56) Grolmann's Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 218. — Martins Lehrbuch des Proceſſes. §. 283. — Thibauts Syſtem des Pandectenrechts. Th. 3. §. 1253.

Das Amt verwarf dieselbe nicht durch ein Erkenntniß, sondern machte ihm Vorstellungen, und rieth zum gütlichen Vergleich, welches er in Bedenken nahm, und in dem, einige Monate nachher gehaltenen, neuen Termin erklärte, daß er auf seiner Einrede beharre, obgleich das Amt seine gütlichen Vorstellungen erneuerte. — Als daher das Amt jetzt zu Eröffnung eines Erkenntnisses schritt, war die Sache noch immer in der Lage, daß nur eine proceßhindernde Einrede vorgeschützt, und nicht einmal eine eventuelle Einlassung vorhanden war.

§. 25.

Es mußte folglich nach der Ordnung des Processes, zuerst über diese Einrede erkannt, und da sie zur Ablehnung der Einlassung nicht geeignet war, unter Verurtheilung des Querulanten in die Kosten des verzögerten Processes, auf Einlassung gesprochen werden [57]. Keinesweges aber konnte jetzt schon, ehe über die Einrede erkannt, ehe Einlassung erfolgt, und ohne daß die übrige Vertheidigung des Querulanten gehört war, ein definitives Erkenntniß erfolgen, worin ohne die mindeste caussae cognitio gleich alles Vorbringen der Kläger in jure et facto für richtig angenommen worden ist. Quod si enim sine affirma-

57) *Carpzov Jurispr. forens. p. 1. const. 3. def. 14.* — *Idem in Decision. Saxon. p. 3. dec. 299. 14. 15.* — *Mevii Decis. p. 1. dec. 215. p. 3 dec. 226. not. 1. 2.* — Claproth von Relationen. §. 90 — Martin a. a. O. §. 162. 164.

tione aut negatione expressa, exceptio in primo termino opponitur, quae in continenti probari nequeat; reus non habetur pro confesso, ut actor liberetur ab onere probandi; sed reus rejecta exceptione post litem contestatam, non impeditur litem adhuc contestari negative atque actorem ad probandam suam intentionem provocare [58].

§. 26.

Daß dieſer Fehler zugleich ein weſentlicher ſey, oder, wie das Geſetz ſich ausdrückt, gegen die substantialia des Proceſſes anſtoße, kann gleichfalls keinen Zweifel leiden, da jedes Urtheil causa cognita erfolgen muß [59], und es einer der erſten Grundſätze des Proceſſes iſt, daß vor Fällung eines Endurtheils beiden Theilen vollſtändiges rechtliches Gehör gebühre [60], wogegen der Unterrichter ſich auch nicht auf die Vorſchrift des Hohenlohiſchen Landrechts [61] berufen kann, nach welcher bei den Ämtern ſummariſch verfahren werden ſoll, indem ein ſummariſches Verfahren noch kein tumultariſches iſt, und die weſentlichen Regeln des Proceſſes, hier eben ſo gut

58) *Böhmer Introd in jus digest. l. 44. t. 1. §. 22.*

59) *L. 7. C. de sentent. et interlocut. omn. jud. L. 5. l. 7. C. comminat. epistol.*

60) Gönner's Handbuch des Proceſſes. Th. 1. Abhandl. 7. — Thibaut a. a. O. Th. 3. §. 1110. — Martin a. a. O. §. 14.

61) *P. 6. tit. 1. §. 1.*

beobachtet, beſonders aber die Partheien mit ihrer Vertheidigung vollſtändig gehört werden müſſen [62].

§. 27.

Zwar wird der Unterrichter ſein Verfahren damit zu vertheidigen ſuchen, daß er nach der von Danz [63]) aufgeſtellten Regel, wegen Unzulänglichkeit der Einrede auf die Strafe des Ungehorſams erkannt, und daher gleich im Anfange des Urtheils die Klage für eingeſtanden angenommen habe. — Allein theils kann dieſe Regel nach den oben angegebenen Grundſätzen überhaupt nicht für richtig gehalten werden [64]), theils iſt durch ihre Anwendung auf den vorliegenden Fall, wo möglich nur noch mehr gegen die Subſtantialien des Proceſſes gefehlt worden, indem es an allen rechtlichen Erforderniſſen eines Contumacial-Erkenntniſſes gänzlich mangelt. Denn 1) gehört dazu, daß dem Beklagten entweder ein dreimaliger, oder wenigſtens Ein, ausdrücklich für peremtoriſch erklärter Termin zur Einlaſſung vorgeſchrieben, und dieſer völlig abgelaufen ſey [65]). Es kann daher keine Contumacia gedacht werden, wenn keine beſtimmte

62) *Clem. 2. de verbor. significat.* — Grolmanns Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 226—228. — Gönner a. a. O. Th. 4. Abſch. 80. §. 11. — Martin a. a. O. §. 228.

63) Grundſ. des ordentlichen Proceſſes. §. 193. 194.

64) Gönner a. a. O. Abſch. 78. §. 26. 27.

65) *L. 68—72. D. de judiciis.* — *L. 53. § 1. D. de re judicata.* — *L. 7. 8. 9. C. quomodo et quando judex.*

Frist vorgeschrieben war [66]); und auch der oben angeführte Danz läßt [67]) die besondere Strafe des Ungehorsams nur dann eintreten, wenn schon ein peremtorischer Termin zur Einlassung angesetzt gewesen ist. In vorliegender Sache ist aber Querulanten noch gar keine bestimmte Frist vorgeschrieben gewesen, indem er aus dem ersten Termin, worin ihm die gegnerische Klage bekannt gemacht worden, um die Sache in Bedenken zu nehmen entlassen wurde, ohne ihm eine Frist zur Erklärung anzusehen, und der zweite Termin schon nicht mehr zur Einlassung, sondern sogleich ad publicandam sententiam angesetzt wurde. — Sodann muß 2) jedem Contumacial-Erkenntnisse, so oft keine Nothfrist in Frage stehet, nothwendig eine Ungehorsams-Beschuldigung von Seiten des Gegners vorangehen, in deren Ermanglung der Richter keineswegs ex officio verfahren darf [68]). An dieser fehlt es hier aber gleichfalls, indem die im Protocolle vorkommende allgemeine Erinnerung der Gegner an die Fortsetzung der Sache unmöglich dafür gelten kann [69]).

§. 29.

3) Muß auch, wenn von einer, ein für allemal anzusetzenden peremtorischen Frist die Rede ist,

66) Gönner a. a. O. Th. 1. Abh. 21 §. 12.

67) a. a. O. § 184.

68) *Arg. L.* 13. §. 2. *C. de judiciis.* — *Hofacker Princip. jur. civil.* T. 3. §. 4423. — Grolmann a. a. O. §. 131. — Martin a. a. O. §. 126.

69) *Mevii Decis. P.* 3. *dec.* 390.

— der Richter das Contumacial-Erkenntniß, ehe er es wirklich erlassen kann, vorher gebührend angedrohet haben [70]); woran aber in vorliegender Sache auch nicht entfernt gedacht worden ist, welches doch desto nothwendiger gewesen wäre, je deutlicher der J. R. A. §. 40. die Verpflichtung des Beklagten zu einer eventuellen Einlassnng vom arbitrio judicis abhängig macht, mithin der Richter verbunden ist sich hierüber zu erklären, ehe den Beklagten der Vorwurf des Ungehorsams treffen kann.

Am allerwenigsten aber läßt es 4) sich vertheidigen, daß der Unterrichter die Klage in Contumaciam für eingestanden angenommen hat, da doch die poena contumaciae bei versäumter Einlassung, nach den Gesetzen nur darin besteht, daß die Klage für abgeleugnet gehalten, und der Beklagte aller Einreden verlustig erklärt wird [71]); der Richter aber durchaus nicht befugt ist, härtere Contumacial-Strafen anzudrohen, oder zu erkennen, als die Gesetze vorschreiben [72]).

§. 30.

Wir haben daher C) nach allem diesem, kein Bedenken tragen können der Nichtigkeits-Klage Statt

70) *L. 71. D. de judiciis.* — Martin a. a. O.

71) K. R. G. O. 1555. *P. 3. t. 43.* §. 4. — *R. I. N.* §. 36. — Böhmer *Princip. jur. canon.* §. 7692. — Hofacker *l. c.* §. 4419. — Dabelow Handbuch des Privatrechts. Th. 3. §. 1761. — Grolmann a. a. O. §. 175.

72) *Arg. L. 11. pr. D. de poenis.* — Martin a. a. O. §. 126. *not. i.*

zu geben, und das vorige Urtheil seinem ganzen Inhalte nach zu cassiren, und es kömmt nur noch in Frage, was dann statt dessen erkannt werden müsse?

Der Querulant hat gebeten, sogleich in der Hauptsache absolutorisch zu erkennen. Allein da die Kläger mit ihren weiteren Ausführungen und Beweisen noch bei weitem nicht hinreichend gehört sind, und doch nicht alle Fundamente der Klage schon aus ihrem eigenen Einbringen verwerflich gehalten werden können, so würde es eine Nullität gegen die Kläger involviren, wenn man jetzt schon absolutorisch sprechen wollte. — Vielmehr muß, wenn der Amts-Bescheid als nichtig aufgehoben wird, nach der Natur dieses sich aus den bisherigen Acten rechtfertigenden Rechts-Mittels der Nichtigkeits-Frage, gerade desjenigen erkannt werden, was das Amt von Rechtswegen hätte erkennen sollen, d. h. es muß über die vorgeschützte exceptio litis ingressum impediens erkannt werden. Hier kann es nun wohl keinen Zweifel haben, daß diese für unstatthaft zu halten sey, da man eine, auf die Anfechtung eines geschlossenen Vertrages gerichtete Klage, unmöglich durch bloße Berufung auf eben diesen Vertrag abweisen kann, und die hinzugekommene richterliche Bestätigung nach den bekanntesten rechtlichen Grundsätzen, weder eine Läsions- noch auch eine Nichtigkeits-Klage ausschließt [73]). Querulant hat

73) Cramer Observat. jur. univ. T. 4. obs. 1015. — Runde Grundf. des teutschen Privatrechts §. 188. 260. — Dabelow's Handbuch des Privatrechts. Th. 1. 131.

daher nach den oben aufgestellten Grundsätzen unter Verwerfung seiner Einrede, zur Einlassung auf die Klage binnen einer ihm anzusetzenden peremtorischen Frist angewiesen werden müssen: wobei es nicht einmal nöthig gewesen ist, ihm seine Einrede als simple peremtorische vorzubehalten, weil sie nicht sowohl illiquid, als vielmehr überhaupt unstatthaft ist.

Zugleich aber haben wir geglaubt, die Fortsetzung der Sache wieder an den Unterrichter zurückweisen zu müssen, theils weil es überhaupt Regel der Nichtigkeits-Klage ist, daß, nachdem der Oberrichter über die Nullität erkannt hat, die neue Verhandlung der Hauptsache wieder an den Unterrichter zurückgehen müsse [74]), theils, weil im vorliegenden Falle, wo es nunmehr auf die Einleitung ganz neuer Verhandlungen ankömmt, ein Eingriff in das beneficium primae instantiae, worauf wenigstens die Querulaten noch nicht entsagt haben, geschehen würde, wenn diese neuen Verhandlungen vor dem Oberrichter geführt werden sollten [75]);

§. 31.

So viel endlich D) die Kosten anbetrift, so müssen 1) die in erster Instanz durch die Weigerung des Querulanten sich auf die Klage näher einzulassen, verur-

74) *L. 4. C. de accusation.* — Gönner a. a. O. Th. 3. Abh. 65. §. 15. 16.

75) Grolmann a. a. O. §. 212. *a.* — Gönner a. a. O. Abh. 60. §. 34—36.

ſachten Koſten (alſo die der beiden Termine vom 20. April und 10. September 1804) von Querulanten allein getragen werden, nach der allgemeinen Regel, daß wer eine widerrechtliche Verzögerung des Proceſſes veranlaßt, die Koſten dieſer Zögerung zu tragen habe; während 2) die übrigen Koſten erſter Inſtanz bis zum Endurtheile ausgeſetzt bleiben müſſen. — So viel hingegen 3) die Koſten der zweiten Inſtanz anbetrift, ſo haben zwar die Querulaten zu deren Erſtattung nicht wohl verurtheilt werden können, da ſie das nichtige Erkenntniß des Amtes durch kein darauf gerichtetes petitum veranlaßt haben, und der Widerſpruch den ſie in dieſer Inſtanz dem Querulanten entgegengeſetzt haben, dadurch entſchuldigt wird, weil Querulant ſich in ſeinen Anträgen nicht auf Caſſation des Amts-Beſcheides beſchränkte, ſondern ſogleich ein abſolutoriſches Erkenntniß begehrte. — Dagegen hat es keinen Zweifel, daß der Fürſtl. Beamte zu N. dem Querulanten dieſe Koſten, als ein damnum injuria datum zu erſetzen ſchuldig ſey, da bloß deſſen ordnungswidriges Verfahren ihn zu dieſem Rechtsmittel genöthiget hat, und der Richter, der ſich ein ſolches zu Schulden kommen läßt, unbedenklich zum Koſtenerſatze angewieſen werden kann [76]). — Dieſer Erſatz begreift denn auch den Querulantiſchen Antheil der Verſchickungs-Koſten, da die Verſchickung ex officio geſchehen iſt, folglich von beiden Theilen gemeinſchaftlich getragen werden muß.

Aus dieſen Gründen ſind wir nach Inhalt des Urtheils zu erkennen bewogen worden.

76) *Leyser Medit. ad Pand. sp. 71. med. 3.* — Danz Grundſ. des reichsgerichtl. Proceſſes. §. 341.

IV.

Ueber den Anfang der Verjährung nichtig veräusserter Kirchengüter.

§. 1.

Bei der durch die Menge unsrer Gesetze fast nothwendig herbeigeführten Unvollständigkeit der Rechts-Kenntnisse unsrer gewöhnlichen Anwälde und Richter ist es ein nicht seltener Fall, daß man in Processen von allen Seiten sich über der Vertheidigung und Widerlegung falscher Grundsätze ermüdet, und gerade das wahre Entscheidungs-Princip durchaus übersieht. Beruht dieses Übersehen darauf, daß Richter und Anwälde nicht einmal die Sätze der gangbaren Compendien anzuwenden verstehen [1]), so würde es ohne

1) Dem Verfasser dieser Zeilen kam einst ein merkwürdiger Fall dieser Art vor. Ein Bürger in B. war bereits zehn Jahr volljährig gewesen, als er die Veräusserung eines Grundstücks, welches während seiner Minderjährigkeit ohne Decret veräussert war, deswegen als nichtig anfocht. Die Sache ward von allen falschen Seiten betrachtet, und von den Local-Gerichten zweimal darnach entschieden. Endlich versandte man die Acten an eine Facultät. Auch diese war geneigt, nur die bisherigen Ansichten aufzufassen, bis endlich ein Mitglied auf *L. 3. C. si major. factus* aufmerksam machte. Niemand hatte an dies Gesetz gedacht, und doch wird es in allen gangbaren Compendien angeführt.

Nutzen seyn, wenn man Verfahren dieser Art in einer Sammlung practischer Rechtsfälle weitläuftig rügen wollte. Allein häufig ist auch der Fall, daß singuläre Vorschriften der Gesetze, welche die gewöhnlichen Lehr- und Handbücher nicht erwähnen, gänzlich übersehen werden, und hier verdient denn allerdings die richtige Ansicht der Sache eine öffentliche Bekanntmachung, nicht bloß weil sie das Verborgene mehr zur gemeinen Kenntniß bringt, sondern auch, weil sie dazu dient, es Richtern und Anwälden immer mehr einzuschärfen, wie unendlich wichtig es ist, sich zur Beurtheilung eines jeden, auch unbedeutend scheinenden Falls durch das Studium größerer Werke, und insbesondere der Gesetze selbst, vorzubereiten. Aus diesen Gründen verdient nachstehender Rechtsfall in dieser Sammlung gewiß einen Platz.

§. 2.

Der Pfarrer R. zu P. im M—schen hatte im Jahr 1755 die Ländereien seiner Pfarre an die landesherrliche Kammer gegen einen Canon von 100 Rthlr. in Erbpacht gegeben. Der darüber errichtete schriftliche Contract, welchen nachmals auf Antrag der Kammer der Landesherr durch ein eignes Decret bestätigte, erwähnt bloß die Zustimmung der Kammer und des Pfarrers und den besondern Nutzen des Contracts für das landesherrliche Interesse. — Im Jahre 1772 kam der Pastor G. als Pfarrer nach P. Dieser ließ sich eine geraume Zeit den Contract gefallen, und schloß

auch einen Vergleich wegen der Münzsorten, in denen der Canon ferner entrichtet werden solle. Endlich focht er im Jahre 1802 den Contract an, und zwar 1) als nichtig, weil bei Errichtung desselben keine solennitas ecclesiastica beobachtet sey, und 2) durch das Gesuch um Restitution, weil der Vertrag der Pfarre bedeutend schade. Der Contract nebst dem Confirmations-Decret ward der Klage gleich beigefügt, und daraus die Nichtigkeit des erstern deducirt. Nachdem die beklagte Kammer alles geleugnet, aber doch zugestanden hatte, daß sie vermöge des Contracts seit 1755 die P—schen Pfarrländereien in Erbpacht besitze, so erfolgte ein Helmstädtisches Erkenntniß, im Wesentlichen des Inhalts: Die Klage sey wegen der vollendeten vierzigjährigen Präscription unstatthaft, doch bleibe dem Kläger der Beweis der Arglist der Kammer vorbehalten. Der Kläger wandte dagegen Rechtsmittel ein, und nun erfolgte dann nachstehendes, durch die beigefügten Entscheidungs-Gründe unterstützte reformirende Urtheil der hiesigen Juristen-Facultät.

§. 3.

Urtheil.

In Sachen des Pastors G. zu P. Klägers, jetzt Implorantens, an einem, wider den Hofrath L., als Kammerprocurator, Beklagten, jetzt Imploraten am andern Theile, die Erbverpachtung der P—schen Pfarrländereien betreffend, erkennt die M—sche Ju-

ftiz-Canzlei zu — nach vorgehabtem Rathe auswärtiger Rechtsgelehrten, hierdurch für Recht:

Nunmehro aus den Acten und der Parteien Anbringen so viel zu befinden, daß die wider die H. Kammer erhobene Nichtigkeits-Klage für unstatthaft noch zur Zeit nicht zu halten, und Kläger die Proceßkosten zu erstatten noch nicht schuldig, demselben auch der Beweis: wie H. Kammer den unterm 1sten September 1755 mit dem Pfarrer N. errichteten Erbpachtcontract wissentlich zum Nachtheil der P—schen Pfarre eingegangen, eben so wenig nachzulassen sey, vielmehr ist, unter gänzlicher Aufhebung des am 20. October 1806 eröffneten, Act. N. 16. ersichtlichen Erkenntnisses, insofern dasselbe die Nichtigkeits-Klage betrifft, Beklagter auf die erhobene Klage sich gehörig einzulassen schuldig. Dieweil er solches nun auf diesen Fall bereits gethan, und des Grundes der Klage geständig ist, dawider aber die zerstörliche Einrede eines rechtsgültig geschlossenen Erbpachtcontracts vorgeschützt hat, so ist derselbe den Grund dieser Einrede, und zwar dahin,

> daß bei Abschließung des beregten Erbpachtcontracts die, zur Veräusserung eines Kirchenguts gehörigen Erfordernisse beobachtet seyen,

binnen Ordnungsfrist, dem Kläger den Gegenbeweis, beiden Theilen den Eidesantrag, und andere rechtliche Nothdurft in gleichmäßiger Frist vorbehältlich, wie recht zu erweisen schuldig, und ergehet hierauf sowohl

in Betreff der geforderten Früchte, als der Unkosten halber ferner wie sich zu Recht gebührt. Dahingegen verbleibt es, so viel das cumulirte Restitutions-Gesuch betrifft, des eingewandten Rechtsmittels ungeachtet, lediglich bei vorgedachtem, am October 1806 publicirten Urtheile. Die in dieser Instanz aufgelaufenen Unkosten sind aber aus bewegenden Gründen gegen einander zu vergleichen und aufzuheben. V. R. W.

§. 4.

Entscheidungs-Gründe.

Was im vorliegenden Falle I) die Hauptsache betrifft, so hat Implorant drei causalia restitutionis in integrum aufgestellt, indem er sich darüber beschwert 1) daß ihm aufgelegt worden, zu beweisen: H. Kammer habe den befraglichen Erbpachtcontract wissentlich zum Nachtheil der P—schen Pfarre eingegangen; 2) daß er auf den Fall des nicht geführten Beweises, mit seiner Klage abgewiesen, und zur Erstattung der Unkosten verurtheilt, und endlich 3) daß nicht vielmehr in Gemäßheit der Klage der Beklagte verurtheilt sey. — Die beiden letzten Causalia sind offenbar nur Folgesätze des erstern, und stehen und fallen mit demselben. Alles kommt hier mithin auf die Beantwortung der beiden Hauptfragen an: war hier dem Kläger, wegen vollendeter Verjährungs-Zeit, bloß der Beweis der Arglist nachzulassen? und: wenn hier auch ohne Arglist keine Verjährung vollendet seyn sollte, wie ist dann über die Klage selbst zu erkennen?

§. 5.

1) Bei Beurtheilung der ersten Frage müssen nothwendig wieder zwei ganz verschiedene Gesichts-Punkte von einander gesondert werden, deren einen man bisher in den Acten, und selbst in den Helmstedtischen Entscheidungs-Gründen, fast nur allein in Erwägung gezogen hat. Der Kläger hat nämlich sein Gesuch auf zwei ganz verschiedene fundamenta agendi gestützt, indem er einmal den Contract, als vom Anfang an null und nichtig, durch die jetzt sogenannte querela nullitatis anficht, und zweitens auch unter Voraussetzung der strengrechtlichen Gültigkeit desselben, der Verletzung wegen dawider restitutio in integrum bittet. Die erste Klage, da sie im Grunde nichts als eine (jetzt sogenannte qualificirte) Vindications-Klage ist [2]), steht unleugbar unter der Regel [3]) wonach alle Klagen dreißig oder vierzig Jahre dauern sollen; dem Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hingegen ist das durch L. 7. C. de tempor. in int. rest. eingeführte quadriennium continuum gesetzt worden [4]).

§. 6.

In Ansehung beider ist nun zu untersuchen, in wiefern sie im vorliegenden Fall eintreten, und es

2) *L. 5. §. 13. ff. de Donat. inter V. et U. L. 5. §. 15. D. de reb. eor. L. 11. L. 15. C. de praed. et aliis reb. minor.*

3) *L. 3. 4. C. de praesc. 30. ann.*

4) *Cap. 1. 2. de rest. in int. in 6.*

kommt dagegen nicht in Betracht, wenn Implorant sich in der jetzigen Instanz besonders darüber beschwert, daß ihm der Beweis der Arglist auferlegt worden, da der Beklagte in der Einwendungsschrift die Einrede der Verjährung nicht vorgeschützt habe, und klagender Seits der H. Kammer niemals ein Betrug vorgeworfen sey. Denn die Gesetze, welche die erlöschende Verjährung vorschreiben, sagen ja gerade, daß nach einer gewissen Zeit die Klage unzulässig seyn solle. Unzulässige Klagen muß aber der Richter von Amtswegen verwerfen, mithin ist er auch schuldig, die aus den Acten sich ergebende Einrede der Extinctivverjährung, ungebeten als wirklich vorgeschützt zu betrachten [5]). Wenn also die Helmstädtischen Urtheils-Verfasser dem Kläger, um ihn nicht ungehört zu verurtheilen, den Beweis der Arglist, welche sich hier noch immer möglicher Weise denken ließ, auflegten, so war derselbe dadurch nichts weniger als verletzt, und das Urtheil insofern ganz der Ordnung gemäß.

§. 7.

Allein vor allen Dingen frägt es sich nun A) ob in den Acten Momente liegen, wonach sich behaupten läßt, daß im vorliegenden Fall die Verjährungs-Zeit der angestellten Nichtigkeits-Klage bereits abgelaufen sey? Wäre es wahr, daß die gegen Kirchen

5) *Lauterbach coll. Tit. de except.* §. 39. — *M. Grass different. recess. imper. Sect.* 10. §. 1. — *Idem. Diss. de act. civil. et praetor. Sect.* 2. §. 1. 10.

in der Regel laufende vierzigjährige Präscription, auch im vorliegenden Fall ihre Anwendung finde, wie man bisher gegen den Imploranten in den Acten behauptet hat, so würde es nichts erheben, wenn man auch, (wiewohl dazu keine hinlängliche Gründe vorhanden sind [6])) mit J. H. Böhmer [7]) annehmen wollte, daß den Kirchen zu jenen vierzig Jahren noch ein vierjähriger Zeitraum zugelegt werden müsse, indem vom Jahre 1755, da der streitige Contract abgeschlossen ward, bis zu der im Jahre 1802 erfolgten Anstellung der Klage volle sieben und vierzig Jahre verflossen sind. Eben so wenig würden die vom Imploranten gemachten Einwendungen der Anwendbarkeit jener Regel entgegen stehen. Denn wenn Implorant zuvörderst meint, nach cap. 9. X. de reb. eccles. alien., dürfe ein Kirchengut nicht auf immer in Erbleihe gegeben werden, und sey also in Betreff der Verjährung ein res inhabilis, so ist dies doppelt falsch. Denn nach Nov. 120. c. 6. ist den Kirchen eine solche immerwährende Verleihung allerdings erlaubt, und die citirte Decretale weicht davon keinesweges ab, wenn man nur die vom Imploranten bei Ausziehung derselben unterdrückten wichtigen Worte: inconsultis aliis fratribus nicht vergißt. Dann ist

6) *C. F. Kühne D. de benefic. rest. in int. ecclesiis contra praescript. denegando. Helmst.* 1791. — *I. C. Ruff D. de different praescr. Helmst.* 1800. §. 29. 30. — A. F. J. Thibaut über Besitz und Verjährung 2 Thl. §. 71.

7) *Jus eccl. prot. L.* 2. *T.* 26. §. 49.

der ganz natürliche Sinn, daß eine Erbverleihung, welche einige Brüder allein vornahmen, nichtig ist, weil das ganze Capitel nicht seine erforderliche Einwilligung gegeben hatte. Gesetzt aber auch, man nähme das Gegentheil an, so würde sich hier dadurch nichts ändern, weil in der Regel alle unveräusserlichen, und insofern der usucapio nicht unterworfenen Sachen, dennoch der praescriptio longissimi temporis in der Regel unterworfen sind [8]). Noch weniger Beifall verdient es, wenn Implorant einwendet, daß ihm die wahre Lage der Sache erst kürzlich bekannt geworden sey, und daß die vierzigjährige Präscription wider die Kirchen erst vom Augenblick der erfolgten Kenntniß des Klagerechts zu laufen anfange. Denn nach klarer Vorschrift der Gesetze [9]) soll die absentia, wohin auch die entschuldbare Unwissenheit gehört [10]), auf keinen Fall gegen die praescriptio longissimi temporis schützen. Die längsten Verjährungs-Zeiten sind also unleugbar tempora ratione initii continua [11]).

§. 8.

Dennoch aber glauben wir sehr leicht zeigen zu können, daß im vorliegenden Falle die angestellte Vin-

8) *L. 2. C. de praescript. pro emtore* vergl. mit *L. 4. C. de praescr. 30. vel. 40. ann.* — *Rave de praescriptione.* §. 27.

9) *L. 3. C. de praescr. 30. vel. 40. ann.*

10) *L. 6. D. de calumniator.*

11) *Zanger de except. P. 3. tit. 10 n. 221.* — *Lauterbach coll. theor. pract. Tit. de usurp. §. 35. Tit. de divers. temp. pr. §. 21.*

dications-Klage nicht verjährt ist, ohne uns dabei die von J. H. Böhmer [12]) aus sehr erkünstelten Gründen gewagte, aber von Leyser [13]) und Rave [14]) hinlänglich widerlegte Behauptung, daß man alle bona dotalia der Kirchen für unverjährbar halten müsse, zu eigen zu machen. Den entscheidenden Beweis für unsre Behauptung liefert c. 10. Causs. 16. qu. 3. ein Gesetz, welches freilich von Vielen gar nicht erwähnt wird, und selbst oft von denen nicht, welche grade ex professo die unverjährbaren Sachen und die Fälle der praescriptio dormiens aufzählen [15]), dessen Inhalt aber doch von denen, welche dasselbe kannten [16]), als ein bei uns geltendes Gesetz immer

12) *l. c.* §. 25. 26.

13) *Spec.* 459. *m.* 1. *sqq.*

14) *De praescript.* §. 27. a. E.

15) *Böhmer l. c.* §. 2—34. — *I. H Dunker D. de praescript. dormiente. Erf.* 1682. — *F. Philippi D. ejusd. arg. Lips.* 1690. — *I. H. Marquard D. de vero sensu broc. juris. agere non valenti non currit praescriptio. Hannov.* 1803.

16) *Gibert corpus juris canon. T.* 3. *in tract. de contract. Tit.* 2, *sect.* 6. §. 3. 4. — *Hassaei different. jur. civili jus canon.* (hinter *Corvini jus canon. ex edit. I. H. Böhmer. Hal.* 1717) §. 110. — *Hahn different. jur. civ. et canon* (hinter *Schilter instit jur. can*) §. 79. — *Duarenus de sacris ecclesiae ministeriis. L.* 7. *cap.* 9. *p.* 377. *edit. Schilter.* — *Christinei Dec. Vol.* 5. *Dec.* 173. *n.* 43. — *Müller ad Struv. Exerc.* 43. §. 10. *not.* 9. — *Brunnemann jus. eccl. prot. L.* 2. *c.* 11. §. 3. 6. — *Lauterbach l. c. Tit. de usurp.* §. 41. — *Berger oecon. jur. L.* 2. *T.* 2. §. 2. 3. *not.* 1. — *Leyser spec.* 459. *m.* 4. — *Müller Obs. pract. ad Leyserum T.* 4. *Fasc.* 2. *obs.* 732.

angeführt ist. Die Worte dieses hier sehr merkwürdigen Gesetzes lauten dahin:

Si sacerdotes, vel ministri, dum gubernacula ecclesiae administrare videntur, contra patrum sanctissimas sanctiones de rebus ecclesiae definisse aliqua dignoscuntur, non ex die, quo talia scribendo decreverunt, sed ex quo talia moriendo definita reliquerunt, supputationis ordo substabit.

§. 9.

Hierdurch ist denn nun ausdrücklich vorgeschrieben, daß während der Lebenszeit desjenigen Geistlichen, welcher ein Kirchengut nichtig veräussert hat, die Verjährung gar nicht laufen, sondern erst unter dessen Nachfolger die Rechnung der Verjährung (supputationis ordo) anfangen solle. Da nun dem in diesem Fragment genannten dreißigjährigen Zeitraum jetzt ein vierzigjähriger zu substituiren ist, weil zur Zeit des Toletanischen Conciliums, aus dessen Synodalschlüssen jenes Fragment gezogen ist, gegen Geistliche überhaupt die dreißigjährige Präscription lief, nachher aber der dreißigjährige Zeitraum in einen vierzigjährigen verwandelt ward [17]), und da der Kläger bei Anstellung der Klage erst etwa drei und dreißig Jahre dem Pa-

17) *Can.* 1. 2. 3. *C.* 16. *qu.* 4. *cap.* 8. *X. de praescript.* — *Florens oper. jurid. edit. Stoerchen Nor.* 1756. *T.* 2. *p.* 27. *sqq.* — *Berardus in Gratiani canones. Venet.* 1777. *P.* 1. *p.* 189.

stor R. als Prediger zu P. gefolgt war [18]), so fehlen hier an Vollendung der Verjährung der Nichtigkeits-Klage noch volle sieben Jahre, daher denn auch in dieser Hinsicht dem Kläger der Beweis der Arglist als unnöthig, gar nicht aufgelegt werden kann.

§. 10.

Dagegen ist B) die Verjährungs-Zeit des Restitutions-Gesuchs als vollendet zu betrachten, und in dieser Hinsicht dem Imploranten, nach der jetzigen Lage der Acten, auch nicht der Beweis der Arglist des Gegentheils zu gestatten; das letzte deswegen, weil er in seiner Justifications-Schrift mehrmals versichert hat, daß er die H. Kammer keines bösen Glaubens beschuldigt habe, und beschuldigen wolle, und das erste darum, weil die Kirchen bloß nach dem Beispiel der Minderjährigen restituirt werden [19]), diesen aber gleich mit dem ersten Moment der Majorennität, mithin als tempus ratione initii continuum das quadriennium restitutionis läuft [20]), womit auch das angeführte cap. 1. und 2. übereinstimmen, indem sie klar vorschreiben, das quadriennium solle von der Zeit des Contracts, oder gleich vom Augenblick des abgelegten Geständnisses seinen Anfang nehmen. Zwar halten viele unsrer Juristen mit Böh-

18) Anl. *A.* zu *N.* 4. *act.* S. 6. vergl. mit dem *Praesentato* der Klage.

19) *Cap.* 1. 2. *de rest. in int. in* 6.

20) *L* 7. *C. de tempor. in int. rest.*

mer[21]) und Hellfeld[22]) das quadriennium der Kirchen für ein tempus ratione initii utile, weil jene beiden Capitel sagen, die Verjährung trete nach vier Jahren ein, si negligenter petere omittat, und es solle eine Ausnahme Statt finden, si praevaricatio vel fraus, vel alia rationabilis caussa subsit. Allein das negligenter kann sehr wohl von einer rechtlichen Möglichkeit zu klagen verstanden werden, wie dies selbst der Terminologie des römischen Rechts gemäß ist. Denn nach dem letztern sind die Verjährungs-Zeiten der Civilklagen ausgemacht tempora continua, und dennoch sagt L. 16. C. de inoff test. indem sie den Anfang der querela inofficiosi testamenti nach der rechtlichen Möglichkeit zu klagen bestimmt: die Verjährung laufe hier nur den cessantibus. Auch kann man unter den Fällen des non negligenter petere diejenigen verstehen, da das canonische Recht wirklich, nach besondern Entscheidungen desselben (nämlich wegen Kriegs-Zeiten, Erledigung des bischöflichen Sitzes, und eines eingetretenen Schisma[23])) in einzelnen Fällen factischen Hindernissen die Wirkung beilegt, daß sie den Lauf der Verjährung hemmen. Auf allen Fall aber ist es höchst zweifelhaft, ob durch jenes negligenter allgemein gesagt werden sollte, daß jedes factische Hinder-

21) *l. c, Lib. 1. Tit. 41. §. 9. 11.*

22) *Jurispr. for. §. 465.*

23) *Böhmer l. c. L. 2. T. 26. §. 47.*

niß die Verjährung sistire, und dieß genügt schon, um den vorhin angegebenen engeren Sinn jenes Wortes vorzuziehen, indem es Regel ist, daß alle zweideutigen jura correctoria in dem Sinn zu verstehen sind, welcher am wenigsten von den gewissen Sätzen des älteren Rechts entfernt [24]). Die andern erwähnten Äusserungen jener beiden Capitel haben nun aber gar keine Schwierigkeit. Denn die Kirchen sind nur dann, wenn sie nach dem Beispiel der Minderjährigkeit restituirt werden, auf das quadriennium beschränkt, d. h. wenn sie der bloßen, auch nicht unmäßigen Verletzung wegen klagen. Suchen sie also Schadens-Ersatz wegen eines Betrugs, oder eines erlittenen Zwanges, oder wegen einer unmäßigen Verletzung, so kann ihnen natürlich der für diese Fälle gestattete dreißigjährige Zeitraum [25]) nicht versagt werden; und darauf muß man denn die angehängte Ausnahme jener beiden Capitel nach der eben erwähnten Interpretations-Regel beziehen.

§. 11.

2) Da nach diesen Erörterungen das Restitutions-Gesuch des Klägers, als verjährt, nicht in Betracht

24) *L. 35. C. de inofficios. test.* — *Forster de juris interpr.* (*in Otto Thes. T 2.*) *L. 2. c. 5. Reg. 2.* — *C. A. Ritter regulae interpr. jurid. Lips.* 1741. — Thibaut Theorie der logischen Ausl. 2te Aufl. 1806. §. 15.

25) *Hellfeld l. c.* §. 432. 455. — Höpfner Commentar. §. 1004.

kömmt, so bleibt jetzt nichts weiter, als die Erörterung der zweiten Frage übrig: wie über die erhobene Nichtigkeits-Klage zu erkennen ist? Diese Frage zerfällt wiederum in zwei andere, indem der Kläger nicht allein die streitigen Grundstücke zurück verlangt, sondern auch von Zeit der erhobenen Klage die über das locarium genossenen und zu genießenden Früchte gefordert, Beklagter aber aus verschiedenartigen Gründen beiden Forderungen widersprochen hat.

A) Das Hauptobject betreffend, so ist die erhobene Nichtigkeits-Klage, wie gesagt, nichts weiter, als eine wahre Vindication unter dem beiläufigen Anführen, daß derselben auch kein Vertrag entgegenstehe. Dieses beiläufige Anführen ist denn im Grunde nichts weiter, als eine sogenannte replica libello inserta, und insofern ein Fehler des Klagschreibens. Denn hätte der Kläger recht scharf nach juristischen Grundsätzen seinen Vortrag über die Nichtigkeits-Klage einrichten wollen, so hätte er nur sagen müssen; die Kammer besitzt der P—schen Pfarre zugehörende Ländereien, deren Herausgabe ich verlange; dann hätte auf diese letzte sogleich erkannt werden müssen, sobald der Beklagte ohne Einrede das erste zugab [26]. Die Einrede, daß der Vindication ein rechtsgültiger Übertragungs-Vertrag entgegenstehe, war hiernach vom Beklagten in der Einwendungs-Schrift zu erwarten, und diesem dann in der Replik durch das Leugnen

26) *L. 40. §. 2. in f. de procurat.*

der Gültigkeit des Contracts zu begegnen. Jenes beiläufige Anführen (welches freilich durch das mit der Nichtigkeits-Klage cumulirte Restitutions-Gesuch fast nothwendig ward) war also unleugbar ein zur Begründung der Klage nicht gehöriger Zusatz, mithin ist, nachdem der Beklagte den wahren Grund der Klage zugestanden hat, dem Kläger keineswegs der Beweis dieses überflüssigen Zusatzes, sondern vielmehr dem Beklagten als Excipienten, und insofern als klagendem Theil [27]), der Beweis, daß der Vindication ein rechtsgültiger Contract entgegenstehe, aufzulegen [28]). Zwar hat der Beklagte seine Exceptions-Schrift durchaus in negative Sätze eingekleidet, und vielleicht gehofft, dadurch die Beweislast von sich abzuwenden. Allein dieses Bemühen war ganz vergebens, da jeder Satz sich positiv oder negativ ausdrücken läßt, und insofern die bloße Wortfassung, auf die Beweislast selbst gar keinen Einfluß haben kann [29]).

§. 12.

Es reducirt sich folglich hier alles auf die letzte Frage, ob vielleicht bisher von einem der streitenden

27) *L. 12. pr. D. de probat.* — Gönner's Handbuch d. Proc. 2te Aufl. 1. B. 23. Abh.

28) *H. de Cocceii de directa probat. negativae cap.* 4. §. 4. — *Mevius P. 2. Dec.* 280. — Westphal v. d. Bew. einer Verneinung. §. 17. — Weber v. d. Verbindl. zur Beweisführung. S. 18—37.

29) *J. H. Böhmer l. c. L. 2. T. 19.* § 3—7. — *Müller ad Leyser Obs.* 450. — Gönner a. a. O. 2. B. 38. Abh.

Theile Beweise beigebracht sind, welche es unnöthig machen, den Grund der Exception ferner darzuthun. Dies ist nun wirklich aus mehrfachen Gründen vom Beklagten behauptet worden, und eine vollständige Prüfung dieser Gründe wird dann alles enthalten, was über diesen Punkt zu sagen nöthig ist. Es ist nämlich a) zuerst in den Acten zur Sprache gekommen, daß der Kläger selbst die Existenz des geschlossenen Erbpachtcontracts einräume, und insofern eine volle rechtliche Vermuthung wider sich habe, weil es Regel sey, daß man die Beobachtung der gehörigen Formen bei jedem Geschäft vermuthen müsse. Dieser juristische Gemeinspruch wird nun zwar mit Hommel [30]) von Vielen aufgestellt, und zwar besonders wegen einiger specieller Gesetzstellen [31]). Allein in dieser Allgemeinheit, durchaus ohne Grund. Man muß hier nämlich, um nicht mit den Grundregeln über die Beweisführung und besondere Gesetze über diesen Punkt in Collision zu kommen, durchaus zwei Fälle unterscheiden, nämlich erstlich wenn der Confitent im Allgemeinen alle zur Gültigkeit eines Geschäfts gehörigen Facta als an sich hier vorhanden, einräumt, aber dabei Mängel der einzelnen Thatumstände vorschützt; oder zweitens wenn er von einem Geschäft, welches als Requisite mehrere Thatumstände zu seiner Gültigkeit fordert, zwar einige dieser Thatumstände zugiebt,

30) *Rhaps. obs.* 695.

31) *L. 25. pr. ff. de adopt. L. 30. D. de V. O. L. 14. C. de contr. et comm. stip.*

aber die Existenz andrer leugnet. Im ersten Fall nun, wo eins von beiden, nämlich das Vollkommene oder das Mangelhafte einer ausgemacht existirenden Thatsache angenommen werden muß, gilt die Regel, daß man im Zweifel für das erste die Vermuthung eintreten lassen, und daß der Leugnende den Mangel zu beweisen verbunden seyn soll, wie z. B. ausgemacht derjenige, welcher ein Geschäft wegen einer Arglist, heimlicher Mängel des Objects, oder einer unmäßigen Verletzung ansicht, den Beweis zu führen hat. Von solchen Fällen, aber auch nur von diesen, reden die oben citirten Gesetze. Im zweiten Fall dagegen wäre es höchst unnatürlich, wenn man den Leugnenden mit der Beweislast über Facta beschweren wollte, deren Existenz zu Begründung der Rechte des Gegners unentbehrlich und gleichwohl im einzelnen Falle noch zweifelhaft ist. Die Grundregel aller Präsumtionen ist ja, daß Facta nicht vermuthet werden, und daß die Existenz eines Thatumstandes, noch nicht zugleich die eines andern davon verschiedenen involvirt. Auch haben wir eine specielle, mit jener Behauptung genau übereinstimmende gesetzliche Vorschrift [32]). Der Jurist Gaius handelt hier von veräusserten Mündelgütern. Diese sind in Betreff der hier erörterten Frage im Ganzen den Kirchengütern darin gleich, daß mehrere einzelne Thatumstände zu ihrer Veräusserung gehören; z. B. daß, wenn der Magistrat nicht concurriren soll, wenigstens der Vormund zu dem vom Pupillen ge-

32) *L. 13. §. 2. D. de publician. in rem act.*

schlossenen Geschäfte seine auctoritas ertheile, und daß die Sache zu denen gehört, deren Veräusserung ohne Decret des Magistrats nicht verboten ist. Grade für einen solchen Fall nun legt Gaius nicht dem, welcher den Kauf an sich zugab, die Verbindlichkeit auf, zu beweisen, daß keine auctoritas interponirt, und die Sache vom Vormund nicht allein zu veräussern gewesen sey, sondern er entscheidet richtig grade umgekehrt: qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore, lege non prohibente, se emisse. Hiermit stimmt ferner die Entscheidung in L. 1. §. 13. D. de magistrat. conven. völlig überein, nach welcher die geschehene Bestellung von Bürgen nicht genügt, sondern auch deren Idoneität, als Theil der Einrede, von dem belangten Obervormunde zu erweisen ist.

§. 13.

b) Ein ferneres wichtiges Moment wider den Kläger soll, nach der Behauptung der Imploranten definitiv, und nach Ansicht der Helmstädtischen Urtheilsverfasser wenigstens provisorisch, darin liegen, daß der Landesherr, laut Anl A. der Klage, den mehrgedachten Vergleich confirmirt hat. Allein wir bemerken dagegen, aa) das römische Recht hat es mehrmals aufs bestimmteste erklärt, daß Kränkung eines erworbenen Rechts vom Regenten durchaus nicht zu vermuthen, daß im Zweifel alles null und nichtig sey, was in einer Verordnung den Rechten Dritter

Eintrag thue [34]); womit auch die Vorschrift des cap. 2. X. de rescript. daß in jedem Rescript die Clausel: si preces veritate nituntur sich von selbst verstehe, und immer subintelligirt werden solle, übereinstimmt. Hiernach leidet es denn durchaus keinen Zweifel, daß die landesherrliche Confirmation eines Geschäfts in der Regel dessen Natur gar nicht ändert, wenn nicht der Regent speciell das Gegentheil vorgeschrieben hat [35]). bb) Eben so wenig läßt es sich behaupten, daß aus der landesherrlichen Bestätigung bis zum Beweise des Gegentheils eine Vermuthung der Legalität des confirmirten Geschäfts entspringe. Nur das läßt sich behaupten, daß der böse Wille zu schaden, vom Regenten nicht vermuthet werden kann; keineswegs aber daß alles vollkommen sey, was derselbe nach den gemachten Anträgen billigt. Denn diese können ja einseitig und unwahr seyn, und daß die Regenten auf solche Anträge häufig genug Verfügungen erlassen, zeigen eben jene zuletzt citirten Fragmente, welche jedes durch unwahre einseitige Vorträge erwirkte Rescript für nichtig erklären. Den stärksten Beweis für das alles enthält der J. R. A. §. 80., indem er vorschreibt, daß bei dem Beweise der exceptio sub et obreptionis, welche landesherrlichen Rescripten (also auch landesherrlichen

34) *L. 3. 7. C. de precib. imper. offerend. L. 4. C. de emancipat. L. 6. C. si contra jus vel util. publ.*

35) *Mevius P. 1. Dec. 6. — Gail Obs. pract. L. 2. Obs. 1. n. 11. — Pufendorf Obs. jur. univ. T. 1. Obs. 203. §. 3. Hommel rhapsod. T. 4. obs. 543.*

Confirmationen) entgegen gesetzt werden, das arbitrium judicis allein entscheiden solle. Hätten nun die Verfasser der Reichs-Gesetze angenommen, aus dem, was ein Rescript dem Imploranten verleihet oder auf dessen Anträge billigt, folge unmittelbar die praesumtio legalitatis: so hätten sie auch dem excipirenden Imploraten den Beweis des Gegentheils unbedingt auflegen müssen.

§. 13.

Im vorliegenden Falle sind aber cc) alle jene Gesichtspunkte, genau betrachtet, gar nicht einmal anwendbar. Denn das beregte Confirmations-Rescript führt selbst namentlich an, daß die landesherrliche Bestätigung auf einseitigen Vortrag der Cammer, welche den bloß mit dem Pfarrer N. geschlossenen Contract überreicht habe, erfolgt sey. Da nun in der Einleitung des Contracts namentlich als Motiv desselben nur angegeben ist: der Contract sey dem H. Interesse sehr günstig, so ist offenbar jene Confirmation keinesweges eine Handlung, welche der Landesherr als summus episcopus oder Oberaufseher der Kirchen, sondern welche er wegen seines eignen Interesse, um die Kammer wegen Abschliessung des Contracts ausser Verantwortung zu stellen, vornahm; und für Fälle dieser Art haben wir denn die hier wichtige Äusserung der römischen Imperatoren, daß man vom Regenten da, wo von seinem Privat-Interesse die Rede sey, am wenigsten erwarten solle, daß es

seine Absicht sey, sich über die bestehenden Gesetze zu erheben, und die Rechte der Unterthanen zu verletzen [36].

§. 15.

Endlich ist c) dem Imploranten noch besonders entgegengesetzt worden: Er sey über dreisig Jahre Pfarrer zu P. gewesen, und habe in dieser Zeit Gelegenheit genug gehabt, die Beschaffenheit der streitigen Ländereien kennen zu lernen, befinde sich also, wenn er sich erst kürzlich darüber orientirt habe, in einer groben, und insofern unverzeihlichen Unwissenheit. Während dieser ganzen Zeit habe er aber den Contract gehalten, ja sogar laut der Acten [37] darüber mit der beklagten Kammer einen Vergleich geschlossen. Da es nun Regel sey, daß niemand sein eignes Factum anfechten dürfe, so sey denn schon aus diesem Grunde die ganze Klage des Imploranten unzulässig.

Allein auch diese Einwendungen sind ohne Bedeutung. Denn aa) verlangen die Gesetze, um ein Irren oder Nichtwissen zu entschuldigen, keineswegs eine ängstliche Sorgfalt und höchste Anspannung [38], und diese muß man hier verlangen, wenn man den Kläger schuldig halten will. Man bedenke nur dessen

36) §. *ult. J. quib. mod. testam. infirm. L* 4. *L.* 10. *C. de legib. L. un.* §. 14. *C. de caduc. toll.*

37) Anl. *E.* zu *N.* 4. *act.*

38) *L.* 6. *ff. de jur. et fact. ignor.*

Lage. Er selbst hatte den Contract nicht geschlossen, sondern seine Vorgänger, welche denselben lange Zeit gehalten hatten. Schon dieß mußte eine Vermuthung für die Unschädlichkeit des Contracts bei ihm erzeugen. Hiezu kam nun noch die landesherrliche Bestätigung, welche als solche jener Vermuthung das größte Gewicht geben mußte. Nimmt man nun dazu, daß aus dem Inhalt des Contracts selbst, worin die Ländereien nicht taxirt sind, sich die Schädlichkeit des Contractes keineswegs ergiebt, daß die streitigen Ländereien zerstreut liegen, und daß insofern eine sehr genaue und weitläuftige Untersuchung nöthig gewesen wäre, um alles genau zu übersehen: so kann man hier, so weit die Acten gehen, gewiß mit Grund keine schuldvolle Unwissenheit behaupten. Ist dieß aber der Fall, so steht dem Kläger auch nicht die gedachte Regel entgegen. Denn nur dann ist es wahr, daß man sein eignes Factum nicht anfechten kann, wenn man das zurücknehmen will, was man wissentlich that[39]. Irrte hingegen jemand, so findet durchaus das Gegentheil Statt, wie ausser der allgemeinen Vorschrift: daß ob errorem Restitution ertheilt werden solle[40]), auch die actio redhibitoria, die condictio indebiti, und die ob laesionem enormem zugelassenen Rechtsmittel aufs bestimmteste zeigen.

39) *Stryk de impugnat. facti proprii Frkf. ad V.* 1688. — Weber v. d. natürl. Verb. §. 48. 75—77. 91.

40) *L. 2. D. de in int. rest.*

§. 16.

bb) Ständen aber auch dem Kläger diese Gründe nicht zur Seite, so würde man dennoch jene Einwendungen leicht entfernen können. Denn der Kläger hat nicht allein zu seinem eignen Besten, sondern auch zum Besten der Kirche geklagt, indem er die Annullirung des Contracts, und die Rückgabe der Ländereien auf immer verlangt. Nun aber ist es in cap. 6. X. de reb. eccl. non al. erlaubt, durch eine Art von Popular-Klage nichtig veräusserte Kirchengüter zurückzufordern, wobei denn dem klagenden Geistlichen, als vermuthetem Anwalde der Kirche, dasjenige, was ihm vielleicht für seine eigne Person präjudiciren möchte, auf keine Weise entgegen gesetzt werden darf [41].

§. 17.

Nach allen diesen Erörterungen muß also lediglich auf den Beweis des Grundes der der Nichtigkeits-Klage entgegen gesetzten Einrede eines rechtsgültigen Contracts erkannt werden, wobei denn noch zur Zeit der gleichfalls illiquide Punkt, welche Ländereien genau den Gegenstand des streitigen Contracts ausmachten, als von der Hauptfrage abhängig, ausgesetzt, und nöthigenfalls dem künftigen Liquidations-Verfahren überlassen werden muß.

§. 18.

B) In Ansehung der Früchte hat der Beklagte gleichfalls solche Einwendungen gemacht, daß wenn

41) §. 4. *J. de inoffic. test.*

dieselben wahr wären, schon jetzt über diesen Punkt erkannt, und die Klage geradezu verworfen werden müßte. Er meint nämlich: die seit Anstellung der Klage über das Locarium genossenen (percipirten) und zu genießenden Früchte brauchten im vorliegenden Fall auf keine Weise restituirt zu werden, weil die beklagte Kammer sich nicht in bösem Glauben befinde. Allein in dieser Behauptung liegt eine doppelte Unrichtigkeit. Denn die percipirten, noch existirenden und nicht verjährten Früchte muß selbst der Besitzer in gutem Glauben unbedingt herausgeben [42]. Nach der Einlassung aber, oder vielmehr jetzt nach der Citation, wird selbst der Besitzer in gutem Glauben insofern dem unredlichen Besitzer gleichgestellt, daß er alle gezogenen und vernachläßigten Früchte unbedingt zu erstatten hat [43]. Da also das Gesuch des Klägers der Früchte wegen im Ganzen nicht illegal, aber von der Entscheidung über das Hauptobject der Klage durchaus abhängig ist, so muß das Erkenntniß darüber vorläufig ausgesetzt bleiben.

42) §. 35. *J. de rer. div.* *L.* 48. *D. de acquir rer. dom.* *L.* 23. *C. de rei vind.* — Schömann die Lehre vom Schadensersatz. 2. B. S. 158—189.

43) *L.* 25. §. 7. *L.* 31. §. 3. *L.* 40. *D. de hered. pet.* *L.* 45. *D. de rei vind.* *L.* 35. *D. de usur.* *L.* 2. *C. de fruct. et lit. expens.* — *Winkler Diss. de litis contest. jur. vet. et h. d. Sect.* 2. §. 8. *Sect.* 3. §. 8. — *Emminghaus in notis ad Coccei jur. controv. L.* 6. *T.* 1 *qu.* 11. *not.* *. — Gönner a. a. O. 2. B. 35. Abh.

§. 18.

Ganz dasselbe gilt denn auch aus gleichen Gründen II) von den Proceßkosten; nur sind davon die Unkosten dieser Instanz auszunehmen, indem diese, mit Einschluß der Verschickungs-Kosten (weil die Acten von Amtswegen versandt wurden) lediglich zu compensiren sind, nicht allein weil Implorat ein günstiges Urtheil einer angesehenen Facultät für sich hat, welches von ihm den Vorwurf der leichtsinnigen Streitsucht hinlänglich entfernt, sondern vorzüglich deswegen, weil das jetzige Urtheil auch dem Imploranten nicht in allen Theilen günstig ist, da es sein mit der Nichtigkeits-Klage verbundenes Restitutions-Gesuch verwirft.

Aus diesen Gründen sind wir denn, Inhalts des Urtheils, allenthalben zu erkennen billig bewogen worden.

V.

Von der Compensation mit Forderungen, über welche erst Rechnung abgelegt werden soll.

§. 1.

Es ist ein, zumal unter Kaufleuten, nicht seltener Fall, daß wenn aus einer zwar liquiden Forderung, aber doch im ordentlichen Processe geklagt wird, der Beklagte sich durch die Einrede zu schützen sucht: er stehe mit dem Kläger noch in mehreren Geschäften, worüber dieser ihm erst Rechnung ablegen müsse, und aus welcher sich ergeben werde, daß er gleiche, oder noch größere Gegenforderungen habe; ehe diese nicht liquidirt seyen, könne er sich auf die Klage nicht weiter einlassen. Die Rechtfertigung dieser Einrede sucht man in dem Grundsatze, daß im ordentlichen Processe auch illiquide Forderungen zur Compensation gelassen werden müßten, wenn der Beklagte sich nur gleich bei der Einlassung darauf berufe; ein Grundsatz, welcher freilich, ungeachtet der bedeutenden Zweifel die ihm entgegenstehen, jetzt fast allgemein angenommen ist.

§. 2.

Indessen kann doch diese Einrede überall nicht dadurch gerechtfertigt werden, indem es ihr, so vorge-

tragen, ausser der Liquidität noch an einem ganz andern wesentlichen Erforderniß der Compensation, nämlich an dem gleichen Objecte der gegenseitigen Forderungen mangelt. Denn wenn der Beklagte die einzelnen Punkte und Gründe seiner Gegenansprüche und die allgemeinen Data zur Berechnung ihres Belaufs, nicht selbst wenigstens so weit näher specificirt, daß ihm der nöthige Beweis darüber durch ein bestimmtes Erkenntniß vorgeschrieben werden kann, sondern sich damit begnügt, vom Kläger in allgemeinen Ausdrücken Rechnungs-Ablage zu fordern, und die nähere Liquidation seiner Ansprüche erst von dieser zu erwarten; so geht seine Forderung nicht sowohl auf eine Geldschuld als vielmehr auf ein Factum des Gegners, aus dessen Leistung sich erst künftig eine Geldforderung ergeben soll. Er will also eine Geldschuld mit einem Factum compensiren, welches den ersten Grundsätzen der Compensation zuwider ist. Wollte man diese Einrede zulassen, so könnte das Urtheil nur dahin ausfallen, daß mit einstweiliger Aussetzung der Klage, der Kläger erst vorläufig Rechnung ablegen solle: dies wäre aber höchst unschicklich, da bei einer vorgeschützten Compensation in jedem Falle der Beklagte den Beweis zu übernehmen hat.

§. 3.

Der Richter muß daher eine solche Einrede sogleich verwerfen, und dem Beklagten nur gestatten, seine angeblichen Gegenforderungen in einer verbesser-

ten Exceptions-Schrift näher zu specificiren. Wenn aber dies einmal versäumt, und die Sache schon bis zum Schlusse des ersten Verfahrens verhandelt ist, so bleibt, wenn es sogar an der gehörigen Einlassung fehlt, und also die Einrede als proceßhindernd vorgeschützt ist, nichts übrig, als den Beklagten unter deren Verwerfung zur Einlassung anzuweisen und in die Kosten zu verurtheilen. Hat hingegen der Beklagte die Forderung des Klägers eingeräumt, so muß er, da es zu einem verbesserten Vortrage der Einrede zu spät, und seine Gegenforderung angebrachtermaßen zur Compensation nicht geeignet ist, unter dem Vorbehalt der besondern Ausführung, sogleich zur Zahlung verurtheilt werden, wie dies von der hiesigen Facultät in folgendem Rechtsfalle geschehen ist.

§. 4.

In diesem forderte der Kläger vom Beklagten wegen einer unter dessen Direction gemachten gemeinschaftlichen Handels-Speculation die Summe von 543 Rthlr. nebst Verzugs-Zinsen vom Tage der an die übrigen Interessenten geschehenen Auszahlung an. Der Beklagte erwiederte: Die Sache sey freilich richtig; allein bei einer andern gemeinschaftlichen Unternehmung auf Surinam habe der Kläger die Direction geführt, und darüber noch nicht Rechnung abgelegt. Ehe dies nicht geschehen sey, könne Kläger keine Zahlung fordern, zumal da er selbst bisher beide Unternehmungen in Ein gemeinschaftliches Conto-Courant

aufgenommen habe, und die Abrechnung wahrscheinlich einen bedeutenden Überschuß zu Gunsten des Beklagten ergeben werde. Für jetzt müsse er daher eine weitere Einlassung verweigern. — Diesem Vortrage setzte der Kläger, als zur Sache nicht gehörig, bloß einen allgemeinen Widerspruch entgegen, worauf die Acten an die hiesige Facultät verschickt wurden, und diese dahin erkannte:

Dieweil Beklagte sich auf die Klage nothdürftig eingelassen, und derselben hinreichend geständig, so ist dieselbe unzulässigen Einwendens ungeachtet dem Kläger die libellirte Summe von 543 Rthlr. nebst Zinsen des Verzuges zu fünf vom Hundert von Zeit der erhobenen Klage an, binnen vier Wochen nach eingetretener Rechtskraft dieses Urtheils zu bezahlen schuldig, wogegen derselben unbenommen bleibt, die von ihr vorgeschützte Einrede der zu leistenden Rechnungsablage, falls sie sich damit durchzukommen getraut, in separato, gebührend an- und auszuführen. Übrigens hat Beklagte die gesamten Unkosten dieses Rechtsstreites nach deren vorgängiger Verzeichnung und richterlichen Ermäßigung dem Kläger zu erstatten. Von Rechtswegen.

§. 5.

Die Entscheidungs-Gründe waren folgende:

Da die von der Beklagten vorgeschützte Einrede bei ihrer gänzlichen Illiquidität, auf keinen Fall dazu

geeignet ist, sie von der Einlassung auf die Klage zu befreien, so kömmt es zuerst darauf an, ob diese hinreichend vorhanden sey. Hieran fehlt es nun unsers Ermessens keinesweges. Denn gleich im Anfange der Exceptions-Schrift gestehet die Beklagte unbedingt und ohne Vorbehalt, daß ihr verstorbener Ehemann die Direction einer mit dem Kläger und mehreren andern Handels-Häusern nach C. gemachten gemeinschaftlichen Unternehmung geführet, sie aber nach dem Tode ihres Ehemannes die Rechnung darüber fortgesetzt, und jedem Interessenten derselben, den Kläger ausgenommen, eine Summe von 543 Rthlr. als Saldo ausbezahlt habe; welches gerade die Facta sind, die den Grund der Klage ausmachen. — Darauf folgt nun zwar am Ende der Exceptions-Schrift die Protestation: „ihr Vortrag ergebe, daß es keiner an„dern Einlassung auf die Klage bedürfe, und sie „solche wohl befugt verweigere.“ Allein da die Beklagte hier doch nicht alle Einlassung ganz und gar, sondern ausdrücklich nur eine weitere Einlassung ausser der schon beigebrachten verweigert, diese aber für das Wesentliche völlig hinreichend ist, so kann jene Verwahrung weiter nicht in Betracht kommen. Bei dieser affirmativen Litiscontestation bleibt daher nur noch die Beurtheilung der vorgeschützten Einrede übrig, die offenbar keine andere als die exceptio compensationis ist, und bei welcher, da der Kläger gar nicht speciell darauf geantwortet hat, es nur darauf ankommt, ob dieselbe für zulässig zu halten, und

des Klägers nähere Vernehmlassung darüber zu fordern sey, oder ob solche schon nach der Beklagten eigenem Anführen als unstatthaft verworfen und folglich sie sogleich condemnirt werden müsse?

§. 6.

Hierbei würde es nun freilich sehr zweifelhaft seyn, ob schon die bloße Illiquidität der angezogenen Gegenforderung deren Compensation mit der jetzt völlig liquiden Forderung des Klägers verwerflich mache, da bekanntlich die von Justinian darüber gegebene Verordnung [1]) noch vielen Zweifeln unterworfen ist, und manche Rechtslehrer [2]) dieselbe auf den Fall beschränken wollen, wenn die Einrede der Compensation nicht gleich Anfangs, sondern erst gegen das Ende des Processes vorgeschützt wird; andere hingegen dieselbe bei der heutigen Beschaffenheit unsers gerichtlichen Verfahrens im ordentlichen Processe unanwendbar halten. Allein bei der vorliegenden Sache ist es überall nicht nöthig, in diesen Streit hineinzugehen, indem noch ein anderer ganz entscheidender Grund gegen die Zulässigkeit der Compensation eintritt.

Es ist nämlich eine der ersten Regeln für die Compensation, daß die zu compensirenden Forderungen

1) *L. 14. §. 1. C. de compensation.*

2) *Vinnius select quaest lib.* 1. *Cap* 50. — Weber Beiträge zur Lehre von Klagen und Einreden. Stück *I.* pag. 60. ff. u. die das. angef.

auf Gegenstände gleicher Art gerichtet seyn müssen [3]), und es kann daher eine Forderung die auf Geld gerichtet ist, nicht mit einer Gegenforderung compensirt werden, die auf ein Factum geht. — Nun hat aber die Beklagte vom Kläger nicht sowohl eine Geldschuld, als vielmehr bloß Rechnungsablage über ihre gemeinschaftlichen Geschäfte, also ein Factum gefordert, und aus dieser Rechnungs-Ablage soll sich dann erst ergeben, ob und was für eine Geldschuld vorhanden seyn werde, worüber die Beklagte bis jetzt gar nichts bestimmtes anzuführen im Stande gewesen ist. Die Compensation ist daher unzuläßig, aus welchem Gesichts-Punkte man auch immer die Gegenforderung der Beklagten ansehen mag. Betrachtet man sie als eine Forderung auf Rechnungs-Ablegung, so ist die Compensation unstatthaft, weil ein Factum und eine Geldschuld nicht mit einander compensirt werden können; betrachtet man sie hingegen als eine geradezu auf Geld gerichtete Forderung, so ist die Einrede verwerflich, weil sie gar zu allgemein und unbestimmt vorgeschützt ist, indem in diesem Falle nothwendig genauere Data sowohl über das Fundament, als über die Summe hätten angegeben werden müssen, um dadurch eine gehörige Vernehmlassung des Klägers und ein künftiges bestimmtes Beweis-Erkenntniß möglich zu machen.

3) *L. 5. pr. D. de impensis in rem dotalem. L. 6. C. de rei vindicat.* Voet *ad Pandect. l. 16. tit. 2. §. 18.* — Lauterbach *Colleg. Pandectar. l. 16. tit. 2. §. 13—17.*

§. 7.

Die Beklagte scheint diese ihrer Einrede entgegenstehenden Gründe selbst gefühlt zu haben, und beruft sich deshalb darauf, daß die verlangte gegenseitige Abrechnung beider Unternehmungen vom Kläger selbst zuerst angefangen sey, welcher sie in Ein Conto-Courant gebracht habe. — Allein dieser Umstand ist durchaus unerheblich. Denn wenn der Kläger diejenigen Summen, welche der Beklagten aus der von ihm dirigirten Unternehmung nach bereits darüber gepflogener hinreichender Berechnung als ein liquider Überschuß zukamen, an seinen Forderungen wegen der von ihrem verstorbenen Ehemann dirigirten Unternehmung abrechnete, so that er dadurch nichts, als daß er das in seiner Rechnung ausdrückte, was sich den Rechten nach, zufolge der bekannten Regel compensatio fit ipso jure [4]), schon ohnehin von selbst verstand, und was, wenn er es nicht gethan hätte, die Beklagte eben so gut zu thun befugt gewesen wäre. Durch diese Procedur kann also die Beklagte kein Recht auf eine Compensation erhalten, die an sich den Gesetzen zuwider ist: quae enim dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, jus commune non laedunt [5]).

§. 8.

Wir haben daher keinen Anstand genommen, die vorgeschützte Einrede als unstatthaft zu verwerfen,

4) *L. 4. L. 14. pr. C. de compensation.*

5) *L. 56. pr. D. mandati L. 81. D. de regulis juris.*

und in dessen nothwendiger Folge die Beklagte zu Bezahlung der von ihr eingestandenen Schuld von 543 Rthlr. zu verurtheilen, wobei wir jedoch die geforderten Verzugs-Zinsen erst vom Tage der erhobenen Klage an haben zuerkennen können, theils weil die Beklagte sich darüber nicht erklärt hat, ob die Auszahlung an die übrigen Interessenten gerade an dem vom Kläger angegebenen Tage geschehen sey, theils aber weil die Beklagte nicht gerade verbunden war, am nämlichen Tage auch den Kläger zu bezahlen, und also dieser Umstand allein, wenn er auch erweislich seyn sollte, noch nicht hinreichen würde, einen eigentlichen Verzug zu begründen. — Übrigens versteht sich von selbst, daß der Beklagten die weitere Ausführung ihrer Gegenforderung in einem eigenen Rechtsgange unbenommen bleiben müsse, welches wir zu Entfernung alles Zweifels im Urtheile ausdrücklich bemerkt haben.

Endlich hat die Beklagte, weil sie sich bloß durch eine ganz unstatthafte Einrede zu vertheidigen gesucht, auch zu Erstattung der Proceßkosten verurtheilt werden müssen.

VI.

Von dem Gerichtsstande der Werbofficiere im Auslande.

§. 1.

Die Ereignisse des Tages, scheinen der in der Überschrift bemerkten Frage, ein vermehrtes Interesse, jedoch vielleicht weniger unmittelbar, als wegen der Identität der auf fremde Agenten, Lieferanten, Commissairs rc. anzuwendenden rechtlichen Grundsätze zu gewähren: daher mag dieser Rechtsfall hier eine Stelle einnehmen. Genauer, als gewöhnlich, scheint in der unten folgenden Ausführung das Kennzeichen des Repräsentativ-Characters der Gesandten angegeben zu seyn; und nur dieser bestimmt die Grenzlinie der Exterritorialität fremder Staatsbeamten im Auslande. Wie leicht diese Grenzbestimmung aber übersehen werde, das ergiebt sich aus den Äusserungen eines Recensenten von Seger's Abhandlung de vi legum et decret. in territorio alieno [1]), welcher behauptet, „der Werbungsbevollmächtigte müsse als ein Abgeordneter des Staats, der ihn schicke und ihm einen

1) Neueste juristische Literatur 1777. Erlang. Band 2. S. 183.

„öffentlichen Charakter beilege, behandelt werden, — „sein Beglaubigungs=Schreiben, oder sein bloßes „Werbpatent gewähre ihm die Unabhängigkeit von „der Gerichtsbarkeit des Orts, wo er in dieser Qua= „lität zugelassen wurden." Offenbar geht diese Be= hauptung zu weit, indem für die Exterritorialität, gewiß die Regel nicht spricht, sondern die Natur der Staats=Verhältnisse und das allgemeine Beste unstreitig den umgekehrten Satz, als Regel begrün= det, daß nämlich im Statsgebiete jedermann dem Staate unterworfen sey. Nur das positive Völ= kerrecht, kann die in Rücksicht der Gesandten und ih= res Gefolgs angenommene Abweichung von jener Re= gel rechtfertigen; dasselbe begründet die Ausnahme aber keineswegs in Hinsicht aller Staats=Abgeord= neten, sondern lediglich in Hinsicht derjenigen, welche in Geschäften, die mit dem ausländischen Staate oder dessen Regierung zu verhandeln sind, den sie absendenden Staat repräsentiren. — Viel zu aus= gedehnt wäre es daher, wenn man jedem, zu Ab= schließung von Lieferungs= und andern Contracten ins Ausland abgeschickten Staats=Abgeordneten, der es nur mit Privatpersonen zu thun hat, die Exterri= torialität einräumen wollte.

§. 2.

Urtheil.

In Sachen des Bürgers G. E. zu B. Imploranten, an einem, wider die Kaiserlich=Königlich

Österreichischen Werbungs-Officiere den Obristen C. und Hauptmann von W. daselbst Impetraten am andern Theile, die Erfüllung eines Miethcontracts und Arrestanlegung, jetzt aber die Competenz des Gerichtsstandes betreffend, erkennen — nach vorgehabtem Rathe auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

Daß Impetraten, Einwendens ungeachtet, sich allhier auf die erhobene Klage einzulassen schuldig, und weil sie solches gleichwohl nicht gethan haben, die Kosten des verzögerten Rechtsstreits, wenn solche verzeichnet und ermäßigt seyn werden, dem Impetranten zu erstatten verbunden seyen. Würden nun Impetraten in einer ihnen von neuem zu bestimmenden Tagefarth dennoch die gebührende Einlassung auf die Klage ferner unterlassen, so soll lis pro Contestata und zwar Impetraten für der Klage geständig gehalten, auch ferner wider sie erkannt werden, was Recht ist. V. R. W.

§. 3.

Entscheidungs-Gründe.

Die Impetraten haben bis jetzt lediglich die Einrede des nicht zuständigen Gerichts, ohne alle eventuelle Einlassung auf die Klage, vorgeschützt, und solche in dreifacher Hauptrücksicht begründen zu können geglaubt. Allein man überzeugt sich leicht, daß diese Einrede hier ganz unstatthaft angewendet sey. Denn I) gewähret die Qualität Kaiserlich-Königlich

Österreichischer Werbungs-Officiere bei dem in der Stadt B. bisher stationirten Werbcommando, den Impetraten überall keine Exterritorialität, wiewohl einige Rechtslehrer diese von allen Werbcommandos im fremden Territorio [2]) allein ohne Grund behauptet haben. Man darf dagegen sich nur erinnern, daß die Gestattung einer Exterritorialität etwas durchaus Positives und daher nur ein nach positivem europäischen Völkerrechte bisweilen angenommener Grundsatz ist, welcher der natürlichen und regelmäßigen Einrichtung jeder Staats-Verfassung widerspricht [3]) und der eben deshalb keine Ausdehnung über diejenigen Verhältnisse leidet, bei welchen ihn das Herkommen anerkannt hat, dann ergiebt sich sehr bald, daß eine Exterritorialität fremder (wenn gleich vom Staate gestatteter) Werbcommandos durchaus nicht, ohne eine ausdrückliche Einräumung dieses Vorzugs, behauptet werden könne. Eine solche namentliche Concession ist aber von dem Beklagten nicht einmal angeführt worden.

§. 4.

Bekannt ist es nämlich, daß nur den Gesandten eines fremden Staates und deren Gefolge, jenes Vorrecht in dem Gebiete derjenigen Macht nach

2) Steck's Ausführungen rechtl. und politischer Materien. Nr. *IX.*

3) J. C. Majer's teutsches weltliches Staatsrecht. 1. Band. §. *XX.* und *XL.* — Cornel. von Bynkershoeck *Opuscula tom.* 1. *pag.* 336 *et* 343.

dem positiven Völkerrechte eingeräumt werde, bey welcher der Gesandte accreditirt ist [4]); daß dies aber, nicht einmal in Rücksicht dritter Staaten behauptet werden könne, deren Gebiet der an andere Mächte bestimmte Gesandte, bei Gelegenheit jener Gesandtschaft, vielleicht zu seinem temporellen Aufenthalt wählte [5]). — Bekannt ist es auch, daß der Grund der angenommenen Exterritorialität der Gesandten, in ihrem Repräsentativ-Character, das heißt in der Eigenschaft beruhet, daß der Gesandte in Rücksicht öffentlicher zwischen der ihn absendenden Macht, und dem Staat, an welchen er bestimmt ist, eintretender Verhältnisse, Repräsentant der ersteren, mithin nach denselben Grundsätzen zu behandeln ist, als befände sich jene auswärtige Macht als solche, dermahlen im Gebiete des Staats, mit welchem, Namens ihrer, Verhandlungen durch den Gesandten Statt haben.

§. 5.

Wendet man diese Grundsätze auf Werbcommandos an, so ist es wohl einleuchtend, daß diese, einen solchen Repräsentativ-Character durchaus nicht behaupten können, indem dieselben ja nur mit einzelnen

4) *de Martens précis du droit des gens moderne de l'Europe.* §. 187. *seqq.* — G. L. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle. *I* Band *Resp.* 90. *n.* 10.

5) *de Ickstatt Opuscula juridica tom. II. pag.* 509. — Danz Grundſ. des ordentlichen Processes. §. 34. pag. 95. *edit.* 2.

Individuen Namens ihres Staates contrahiren, keineswegs hingegen, als Werber, mit dem fremden Staate selbst in dessen Territorio ihnen der Aufenthalt gestattet wird, öffentliche Angelegenheiten ihrer Regierung zu verhandeln haben. So wenig daher simple Agenten, auf die Rechte wahrer Gesandten gegründete Ansprüche haben [6]), und so wenig, selbst nach den bisherigen deutschen Reichs-Verhältnissen, die Beamten der Fürstl. Thurn und Taxischen Reichsposten eine allgemeine Exemtion von der Gerichtsbarkeit desjenigen Reichsstandes behaupten konnten, in dessen Gebiete sie, wenn gleich vermöge einer Staatsrechts-Dienstbarkeit und als Repräsentanten eines andern Reichs-Fürsten (des Reichs-Erbpostmeisters) angestellt waren [7]), eben so wenig, und noch weniger, können die nur precär aufgenommenen fremden Werbofficiere eine solche Jurisdictions-Exemtion sogar in Ansehung der Contracte, welche sie in fremdem Gebiete eingegangen haben, sich [8]) anmaaßen.

§. 6.

Gesetzt indessen, man könnte noch an der Richtigkeit jener Grundsätze einen Augenblick zweifeln, so

6) *de Martens* a. a. O. §. 168. *not. e*). — *Puffendorf tom. IV. obs.* 100 §. 2.

7) Gönner's teutsches Staatsrecht. 405. Nr. *IV*. — Leist's Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. §. 190. *edit. I.*

8) *Seeger D. de vi legum et decretorum in territor. alieno. Lips.* 1777. *pag. XV*. — Anthes von den Werbungen in den deutschen Reichslanden. 1790. S. 87. u. S. ff.

würde doch II) das bekannte völkerrechtliche Princip, daß nach geendigtem Gesandtschafts-Verhältnisse, selbst gegen ehemalige Gesandte ein Arrest, in dem Lande wo sie zuvor accreditirt waren, in der Absicht gesucht werden könne, um sie zu Erfüllung der dort geschlossenen Contracte anzuhalten [9]), die forideclinatorische Einrede der Beklagten durchaus vernichten. Denn die Acten [10]) ergeben, daß ihre Werbungs-Geschäfte bereits vor Anlegung des jetzigen Arrests in B. vollkommen geendigt gewesen seyen.

§. 7.

Sind die Beklagten daher unverkennbar schuldig, sich in dieser Sache der Gerichtsbarkeit der — Stadt B. im Ganzen genommen zu unterwerfen, so fragt es sich nur noch III) ob etwan a) in der individuellen Qualität des gewählten Gerichtsstandes, oder aber b) in den Modificationen des vorliegenden [11]) Contracts, andere eigenthümliche Gründe enthalten seyen, welche die Beklagten von der Einlassung vor dem einzelnen Gerichte, welches Kläger gewählt hat, befreien könnten? Denn so führen ad a) die Beklagten ihren privilegirten Gerichtsstand, welchen sie als Militärpersonen genießen, zu dem Ende an, um die

9) *Hommel rhaps. quaest. obs.* 65 *et* 728. — Grolman's Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 43.

10) *Act.*

11) *Act.*

Incompetenz des gewählten Gerichts zu zeigen. — Allein da α) alle privilegirten Gerichtsstände, ihre Anwendbarkeit nur allein in demjenigen Territorio finden können, von dessen Regenten sie angeordnet sind; Fremde hingegen, welche eine Zeit lang im Auslande leben, die Gerichtsstands-Privilegien ihres Vaterlandes, nicht auch in dem fremden Staatsgebiete, welches sie temporell betreten, anerkannt und befolgt zu sehen begehren können, indem die Organisation der Gerichtsverfassung zu den Eigenheiten eines jeden Staats zu zählen ist, wobei kein fremder Staat dem andern Vorschriften zu ertheilen befugt seyn [12]) kann; so ist es offenbar unerheblich, daß die Beklagten in den Kaiserlichen Königlichen Oesterreichischen Erblanden ein privilegium fori als Officiere genießen, da dies in dem Gebiete der — Stadt B. keine Anwendung leiden kann. Ja es ist sogar unerheblich zu erörtern, ob die Behauptung des Klägers, daß, gegen den Inhalt der gemeinen Rechte, sogar für das eigne Militär der genannten Stadt B. es keinen privilegirten Gerichtsstand dortselbst gebe, bereits hinreichend erwiesen sey. Denn auf jeden Fall würde ein solcher, wenn er existirte, doch lediglich dem einheimischen und nicht dem fremden Militär zukommen [13]), da dieses letztere in fremdem Staats-

12) Gönner Handb. des Proceß. *I.* Th. Abhandl. *VI.* §. 3. (*edit.* 2.)

13) von Bülow's und Hagemann's pract. Erörter. Th. 4. S. 415. a. E. C. F. G. Meister's ausführl. Abhandl. des peinl. Proceß. S. 708 u. 715.

gebiete, wo einzelne Glieder desselben aufgenommen sind, nur den allgemeinen Character der Fremden und somit der temporellen Untergebnen, erhält; keineswegs aber den, einer Militär-Person, in Rücksicht des dasselbe auf einige Zeit duldenden Staats beibehält. Es bedarf daher auch nicht noch β) der Ausführung, daß ein forum privilegiatum personae, die speciellen Gerichtsstände, ohnehin nicht [14]) ausschließe.

§. 8.

Scheinbarer ist aber ad b) die Ausflucht der Beklagten, daß das forum contractus deshalb gegen sie nicht anwendbar sey, weil sie den der Klage zum Grunde liegenden Contract nicht in eigenem Namen, sondern ausdrücklich als

„zur Kaiserlichen - Königlichen General = Werbung
„verordnete, für sich in ihrer Qualität und für ihre
„Nachfolger, im allerhöchst zuverordnenden Befehl
„und Auftrags dieses sie gewürdigten ehrenvollen
„Geschäfts und Commission"

abgeschlossen haben, der Kläger auch in der an den Chef der Kaiserl. Königl. Oestreichischen General-Werbungs-Behörde gerichteten Vorstellung [15]), dies namentlich anerkannt und selbst bemerkt hat, daß „die-

14) *L.* 36. §. 1. *D. de judiciis.* Glück's Commentar über die Pand. Th 6. S. 241. u. 341.

15) S. 7. *N.* 6. *act.*

„ser Contract von den jetzigen Beklagten mit Ge„nehmigung ihres hohen Vorgesetzten abgeschlossen „sey," daher daselbst auch von ihm gebeten ist, dieselben zur Bezahlung „zu beauftragen." —

Nun ist es ja aber bekannt, daß ein Bevollmächtigter, welcher nur als solcher contrahirt, nicht ohne besondere Nebenumstände vorauszusetzen, auf Erfüllung solcher in fremden Namen abgeschlossener Verträge belangt werden könne, und eben daher auch, ohne dergleichen Nebengründe, nicht verbunden seyn könne, das forum Contractus (als bloße Nebenverbindlichkeit), für seine Person [16]), anzuerkennen.

§. 19.

Allein auch dieser Zweifel hebt sich dadurch vollkommen auf, daß die Beklagten ausdrücklich behauptet [17]) haben, nach wie vor in Kaiserl. Königl. Oestreichischen Diensten als Officiere zu stehen. Denn hierdurch ist die Fortdauer ihres Amtes in Gewißheit gesetzt, und diese begründet gerade einen der Ausnahmsfälle, in welchen der Bevollmächtigte selbst auf Erfüllung der in fremden Namen geschlossenen Contracte belangt werden kann [18]).

16) Thibaut's Pand. System (*edit.* 2.) §. 873. Verglichen mit *Kneisen Diss. de foro Contractus. Goett.* 1779. C. 2.

17) S. 2. *N.* 9. *act.*

18) *Hertius Opuscula Vol. I. tom.* 3. *pag.* 169. §. *XX. Cocceji jus Controversum civile lib.* 14. *tit.* 3. *qu.* 3. *Mich. Godofr. Wernher lectiss. Commentat. in pand. L.* 14. *tit.* 1. §. 9.

Es bedarf daher auch keiner Prüfung der in der Replik hiergegen aufgestellten ferneren, aber wenigstens noch illiquiden Behauptungen, welche alsdann vielleicht in Betracht kommen werden, wenn die Beklagten, bei erfolgender Einlassung, die Einrede daß sie die unrechten Beklagten seyen, etwa vorschützen sollten.

§. 10.

Dem allen zufolge mußte die fori-declinatorische Einrede der Beklagten als ungegründet verworfen und nach Vorschrift der Gerichtsordnung der Stadt B. (tit. 4.) die Einlassung sub poena Confessi befohlen, Beklagte auch (nach tit. 8. §. 2. derselben Gerichtsordnung) zum Ersatz der Kosten des verzögerten Rechtsstreites verurtheilt werden; unter welchen auch die jetzigen Acten-Versendungs-Kosten deshalb allerdings mitbegriffen sind, weil die Acten-Versendung von richterlichen Amts wegen erkannt worden ist, mithin keinen willkührlichen unnöthigen Aufwand des Klägers (welcher sie halb vorschießen mußte) ausmacht.

Aus diesen Gründen sind wir bewogen worden, so wie im Urtheil enthalten ist, zu erkennen.

V. R. W.

VII.

Von Vindication verkaufter Sachen, wenn das Creditiren des Kaufgeldes durch den Dolus des Käufers veranlaßt worden ist.

§. 1.

Factum und Proceßgeschichte.

Der Kaufmann A. zu B. verkaufte 1802 an die Wittwe X. eine bedeutende Quantität Caffee. Zwei Tage nach dem Verkaufe erklärte die Witttwe X. gerichtlich ihre Insolvenz. Schon vor dieser Insolvenz-Erklärung hatte C., ein Gläubiger der X., jene Quantität-Caffee an sich gebracht, nach seiner Behauptung durch einen mit der X. geschlossenen Kaufcontract, nach der Angabe des A. aber durch gewaltthätige Besitzergreifung.

Sobald die Wittwe X. ihre Insolvenz erklärt hatte, trat A. gegen den C. mit der Actio publiciana auf, indem er, ohne weitere Beweise, anführte: die X. habe ihn offenbar betrogen, da sie kurz nach dem Kaufe in Concurs gerathen sey. Insofern sey der ganze Handel nichtig, und er könne also von C. den Caffe vindiciren, zumal da derselbe der

Wittwe X. den Caffee durch Gewalt entrissen habe. Dies letzte Factum attestirte auch in einer besondern Eingabe, als Adcitatin, die Wittwe X.

§. 2.

Fortsetzung.

Der Beklagte leugnete dagegen (indem er zugab, daß er den streitigen Caffee besitze), sowohl die behauptete Arglist der Wittwe X., als das ihm angeschuldigte Spolium, und führte an, daß die Wittwe X. ihm den Caffee wirklich verkauft habe.

Replicirend leugnete der Kläger diesen Verkauf, mit der Bemerkung, daß auf allen Fall dieser angebliche Verkauf ihm nicht entgegenstehe, da, wenn derselbe statt gehabt, die Wittwe X. offenbar arglistig, und insofern nichtig, gehandelt habe.

In der Duplik führte der Beklagte nur noch den neuen Umstand an, daß der streitige Caffee bereits auf seinem Boden ausgeschüttet, und insofern nicht mehr in der Art vorhanden sey, wie er denselben empfangen habe.

Hierauf erfolgte dann das erste Urtheil, wodurch, ganz nach dem Antrage des Klägers, der Beklagte unbedingt zur Herausgabe des Caffee verurtheilt, auch gegen denselben wegen der beschuldigten Spolii zum Zweck einer öffentlichen Strafe die Untersuchung vorbehalten ward.

Der Beklagte wandte dagegen die Revision ein. Beide Theile wiederholten in dieser Instanz ihre vorigen Behauptungen, und es erfolgte ein durchaus bestätigender Bescheid. Gegen diesen wandte der Beklagte die Nichtigkeitsbeschwerde ein, indem er nun noch den neuen Umstand zu seiner Vertheidigung anführte, daß der vom Kläger in Anspruch genommene Caffee gar nicht mehr bei ihm vorhanden, sondern auf seinem Boden mit anderm Caffee vermischt sey. Hierauf wurde denn von der hiesigen Facultät auf nachstehende Art reformirend erkannt. Die angehängten Entscheidungsgründe werden, nach diesen kurzen Notizen, in Ansehung der Thatümstände keiner weiteren Erläuterung bedürfen.

§. 3.

Facultäts-Urtheil.

In Sachen Nicolaus C. zu B. Beklagten, dann Revidenten, jetzt Querulanten, an einem, wider Friedrich Ernst A., daselbst, Kläger, dann Revisen, jetzt Querulaten, am andern Theile, verkauften Caffee betreffend, erkennen — nach eingeholtem Rathe auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht:

Nunmehro aus den Acten und der Parteien Anbringen so viel zu befinden, daß, die Privatansprüche der streitenden Theile anlangend, unter einstweiliger Aufhebung des am 6. April 1807 eröfneten act. — ersichtlichen Erkenntnisses, und des am 20. Juli v. J. publicirten bei den Acten befindlichen

confirmatorischen Urtheils Kläger vielmehr annoch binnen Ordnungsfrist dem Beklagten den Gegenbeweis, beiden Theilen den Eidsantrag, und andere rechtliche Nothdurft in gleichmäßiger Frist, vorbehältlich, wie recht zu erweisen schuldig sey;

„was maßen erstlich ihm das prätorische Eigen„thum des streitigen Caffee zugestanden habe; auch „zweitens die Wittwe X. zu der Zeit, als sie „diesen Caffee von ihm gekauft, wirklich mit ihrer „Zahlungsunfähigkeit bekannt gewesen sey, und „endlich drittens Beklagter ohne einen das Ei„genthum übertragenden Titel, oder als Spoliant „den beregten Caffee besitze,“

worauf dann, sowohl in der Hauptsache, als wegen der Unkosten der ersten Instanz, ferner ergehet, was sich zu Recht gebührt. Es sind jedoch die, seit dem vorgedachten Urtheile vom 6. April 1807 aufgelaufenen Unkosten, mit Ausnahme der jetzigen Transmissionskosten, als welche allein dem bittenden Theil zur Last fallen; aus bewegenden Gründen gegen einander zu vergleichen und aufzuheben. V. R. W.

§. 4.

Entscheidungsgründe. a) Formalien.

Es ist im vorliegenden Falle unter den Parteien, 1) darüber ein Streit entstanden, ob überhaupt noch jetzt das eingewandte Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde zulässig sey? Querulat hat dieß aus dem

alleinigen Grunde geleugnet, weil ja Querulant gegen das erste Erkenntniß die Revision eingewandt, und dadurch implicite, einer etwaigen Beschwerde über Nichtigkeiten entsagt habe. Allein kein Einwand konnte unrichtiger seyn. Denn die Revision, in Ansehung derer, es die B—sche Gerichtsordnung beim gemeinen Rechte läßt, vertritt ja gerade die Stelle der Appellation [1]), und die Appellation kann gegen alle bloß unbilligen, oder auch nichtigen Erkenntnissen eingewandt werden, obgleich im Fall der Nichtigkeit auch die querela nullitatis gebraucht [2]) werden darf.

Die Einwendung der Revision enthielt also, im vorliegenden Falle, keineswegs das Zugeständniß der Abwesenheit einer Nichtigkeit; mithin steht dann auch jetzt der Querel offenbar nichts entgegen, wenn nur II) die Prüfung der Materialien ergiebt, daß die angefochtenen Erkenntnisse nach den Gesetzen nicht zu Recht bestehen, noch gerechtfertigt werden können.

§. 5.

b) Materialien.

Nach unserer Ueberzeugung ist dieß nun wirklich in mehrfacher Rücksicht der Fall, wie sich von selbst ergeben wird, wenn man genauer erwägt, was in

1) J. R. O. §. 113. Gönner's Handb. des Proc. 2. Aufl. 3. B. 63. Abhandl. §. 4. f.

2) *L. 1. pr. L. 4. §. 1. L. 7. pr. D. de appellat. L. 2. D. de appellat. recip. L. 1. §. 2. D. quae sent. sine appell.*

gegenwärtigem Rechtsstreite zur Begründung der angestellten Klage und zum Beweise derselben gehörte. — Der Kläger hat actenkundig gegen den Beklagten die Actio publiciana erhoben, und zwar aus dem Grunde, weil der streitige Caffee ihm durch einen dolus caussam dans betrüglich, und in so fern nichtigerweise von der Wittwe X. abgelockt sey, Beklagter aber sich als Spoliant in den Besitz desselben gesetzt habe. Es gehörte hier also zur Begründung der Klage. 1) Daß der Beklagte wirklich den vindicirten Caffee besaß, und dieß ist denn auch gehörig beigebracht, da Beklagter selbst zugestanden hat, daß der Caffee, welchen er von der Wittwe X. erhalten, eben derjenige sey, welchen Kläger an dieselbe verkauft habe. Zwar ist von dem Beklagten in der Duplik * eingewandt worden, er besitze den Caffee nicht mehr so, wie er denselben empfangen habe, sondern derselbe sey gleich auf seinem Boden gestürzt; allein dieser Einwand hilft demselben eben so wenig als seine in der letzten Instanz * vorgeschützte Einrede, daß der Kaffee bereits mit anderm Caffee commiscirt sey. Denn, da der Beklagte diese Einreden nicht mit der Einlassung verband, so sind sie eben deswegen verloren [3]), und er muß also jetzt, er habe nun zur Zeit der erhobenen Klage gar nicht besessen, oder nachher aufgehört zu besitzen, als liti se offerens, oder dolo possidere desiens [4]) dem Kläger zu Recht stehen. Ohnehin

3) J. R. A. §. 37.

4) *L. 7. L. 25. L. 27. pr. et §. 3. D. de rei vind.*

sind aber auch jene beiden Einreden in sich völlig irrelevant. Das Stürzen oder Ausschütten des Caffee ist nichts, als eine Enthüllung vorhandener Formen, und dieß schließt nach klarer Vorschrift der Gesetze [5]) den bisherigen Eigenthümer von der Vindication nicht aus. Eben so wenig die angebliche Commixtion. Denn, ist die Trennung möglich, so schadet sie gar nichts; wo nicht, so kann der Eigenthümer der eingemischten Sachen, von dem Ganzen seine rata [6]) fordern. Insofern ist also die Klage gewiß vollkommen gegründet.

§. 6.

Es genügt aber bei Anstellung der Actio publiciana nicht bloß der Besitz des Beklagten, sondern der Kläger muß auch 2) vor allen Dingen sich selbst legitimiren, und beweisen, das ihm das prätorische Eigenthum der vindicirten Sache zustand, d. h. daß er die Sache durch ein solches Rechtsgeschäft erhielt, welches an sich, wie die Occupation einer herrenlosen Sache das volle Eigenthum ertheilt, oder ihn wenigstens zum vollen Eigenthümer gemacht haben würde, wenn derjenige, von dem er die Sache empfing, wahrer Eigenthümer derselben gewesen wäre [7]).

5) *L. 7, §. 7. in f. D. de acquir, rer. dom.*

6) *§. 27. J. de rer. div. L. 3. §. 2. D. de rei vind.*

7) *§. 4. J. de action. L. 1. §. ult. L. 2. L. 11. §. 2. L. 12. §. 1. L. 15. D. de publ. in rem act. J. P. Heisler de rei nunquam possessae per actionem publ. vindicatione (in ejus exerc. n. 3.)*

Von diesem allen ist nun bisher nichts in den Acten vorgekommen. Der Kläger hat vielmehr nicht einmal angeführt, geschweige dann erwiesen, wie und woher er selbst den Caffee erhalten habe, mithin ist er auch durchaus schuldig, diesen, zur Begründung der angestellten Klage wesentlichen Punct, durch einen gehörigen Beweis außer Zweifel zu setzen, und da die Legitimation zur Sache ein wesentliches Stück jedes Rechtsstreits ist, so würde schon in so weit [8]) die erhobene Nichtigkeits-Beschwerde gerechtfertigt seyn, da man ohne Beweisauflage hierüber, den Beklagten bereits verurtheilt hat.

§. 7.

Allein auch jener Beweis genügt 3) im vorliegenden Falle noch auf keine Weise. Der Kläger hat nämlich angeführt und zugegeben, daß er den Caffee selbst verkauft habe, jedoch mit der Einschränkung, daß er durch Arglist der Käuferin zu dem Verkauf inducirt sey. Der Beklagte dagegen leugnet diese Arglist, welche Kläger [9]) zu beweisen hat, und schützt sich ferner noch mit der Einrede, daß die Käuferin ihm den Caffee wieder verkauft habe, ein Einwand, welcher, an sich, gegen den auctor mediatus allerdings [10]) zulässig ist.

8) Gönner a. a. O. I. Th. Abhandl. 13. §. 3.

9) *L. 18. §. 1. D. de probat.*

10) *L. 3. pr. D. de except. rei vend.*

Bei dieser Lage der Sache genügt demnach keineswegs der Beweis des prätorischen Eigenthums, vielmehr muß der Kläger noch damit den Beweis verbinden, daß die Wittwe X. ihn durch Arglist inducirte, und Beklagter in der behaupteten Art als praedo besitze. Um dies zu rechtfertigen, müssen wir zuvörderst die wichtige Controverse genauer erörtern, inwiefern der durch einen dolus caussam dans hintergangene Verkäufer die verkaufte Sache von dem dritten Besitzer zu vindiciren berechtigt sey? Diese bisher nur zu oft mit unendlicher Nachlässigkeit behandelte Streitfrage, zerfällt ganz natürlich wieder in zwei andre, nämlich: inwiefern die durch den Beweis des wahren Eigenthums zu begründende rei vindicatio, und inwiefern die actio publiciana gegen den dritten in jenem Fall statt findet?

§. 8.

A) Bezieht man die Frage auf die rei vindicatio, so sind alle Rechtslehrer (wie sich nachher ergeben wird, richtig) darüber einverstanden, daß der Betrogene die Sache von dem untitulirten dritten Besitzer abfordern kann. Allein desto streitiger ist es, ob derjenige, welcher die Sache durch ein Rechtsgeschäft mit dem Betrüger von diesem empfing, gleichfalls die Rückforderung des Betrogenen geschehen lassen müsse? Sehr viele unsrer Juristen [11]) behaupten

11) *Mevius p. 6. Dec. 193 Mollenbeccius Thesaur. L. 4. T. 3. not. 9. Titius jus priv. L. 2. §. 2. §. 45.*

jahen diese Frage. Andre dagegen [12]) behaupten umgekehrt, daß gegen den titulirten dritten Besitzer keine Vindication statt finde, namentlich auch noch viele angesehene Juristen, deren Namen man gleichfalls bei Glück [13]) findet. Die Anhänger der letzten Partei machen jedoch oft von ihrem allgemeinen Grundsatze die Ausnahme, daß das Eigenthum auf den Betrüger alsdann nicht übergehe, und also die Vindication gegen jeden dritten statt finde, wenn der Betrogne durch Arglist bewogen sey, eine Sache auf Credit zu verkaufen [14]).

Die Vertheidiger der ersten Meinung stützen sich auf folgende Hauptgründe: Der dolus caussam dans bewirke [15]) absolute Nullität des Geschäfts. Bei ei-

Böhmer jus D. L. 4. T. 3. §. 8. Hommel rhapsod. obs. 170. Wehrn doct. jur. explicatr. princ damni §. 45. 46. Hofacker princ. jur. R. G. t. 3. §. 1758. u. a., bei Glück Comm. 4. B. §. 296. S. 139. not. 69. angeführte.

12) *Salycetus ad L. 10. L. de recess. vend. Carpzov P. I. c. 28. def. 18 19. Horn. sent. et resp. Class. II. resp. 48.* Schömann Handb. des Civilrechts. 2. B. S. 97 — 114.

13) a. a. O. S. 137. *not.* 60.

14) *Carpzov P. 1. c. 28. Def. 17. Gail L. 2. obs. 15. Marquard de jure mercator. L. 2. c. 2. n. 16. Struv. syntagma. Excerc. 8. th. 31. et Müller ibid. S. Stryk annotat. ad Lauterbach. L. 4. T. 3. Idem disp. de fide habita. c. 5. n. 29. — 35. Wernher lectissimae commentat. L. 4. T. 3. §. 5.*

15) *L. 7. pr. D. de dolo malo. L. 16. §. 1. D. de minor. L. 3. §. ult. pro socio.*

ner solchen Nichtigkeit verliere aber der Weggebende das Eigenthum nicht, wie dies aus den bekannten Vorschriften erhelle, daß der schenkende Ehegatte das widerrechtlich gegebene Geschenk, und der Mündel seine, ohne Decret veräusserte Sache vindiciren dürfe. Ohnehin sey es ja [16]) allgemeines Princip, daß niemand sein Eigenthum verliere, welcher den animus transferendi dominium nicht gehabt habe, und diese Absicht fande bei dem Betrogenen, als Irrenden, nicht statt. Auch werde ja in den Gesetzen [17]) zur Erwerbung des Eigenthums durch Kauf ausdrücklich die bona fides des Käufers erfordert, ja sogar [18]) gegen den Empfänger eines indebiti, welcher die Nichtschuld kannte, die [19]) mit der rei vindicatio concurrirende condictio furtiva gestattet. Gehe also hienach das Eigenthum nicht auf den Empfänger über, so könne er dasselbe auch nach den Grundsätzen von der Cession nicht auf einen Andern übertragen. Die dritte vorerwähnte Partei führt zur Rechtfertigung ihrer Ausnahme im Fall eines erschlichenen Credits theils eben diese Gründe an, theils stützt sie sich noch behonders auf ein einzelnes Gesetz [20]), nnd die Behauptung, daß der Betrüger in einem solchen Fall

16) *L. 35. D. de acquir. rer. dom.*

17) *L. 7. §. 16. 17. de public. in rem act. L. 10. pr. D. de usurp.*

18) *L. 18. D. de Condict. indeb.*

19) *§. 14. 15. J. de act.*

20) *L. 3. D. de pignor. act.*

nicht den animus emendi, sondern einen wahren animus auferendi habe, und deswegen ganz als Dieb behandelt werden müsse.

§. 9.

Allein die Ansicht der zweiten Partei, welche den Betrognen gegen den titulirten dritten Besitzer gar keine Eigenthumsklage gestattet, hat bei weitem das meiste für, und wenig wider sich, wie folgende Gründe zeigen werden:

a) Es ist eine ganz falsche Ansicht, daß der Betrogene das eingegangene Geschäft nicht gewollt, daß er keinen animum transferendi gehabt habe, und daß hier deswegen eine absolute, den Übergang des Eigenthums verhindernde Nichtigkeit eintrete. Denn der dolus caussam dans bewirkt doch an sich nichts, als einen Irrthum in den Beweg-Gründen; ein solcher Irrthum wird aber [21]) von den Römern nicht als ein die Zustimmung ausschließender error essentialis behandelt. Den besten Beweis hiefür geben die beiden Pandecten-Titel de dolo malo und de condictione indebiti. Nach den Gesetzen [22]) darf nämlich die actio de dolo durchaus nie angestellt werden, wenn noch eine andere Klage statt hat. Bewirkte nun der dolus caussam dans einen, den animus trans-

21) *L. 65. §. 2. D. de cond. indeb. L. 34. pr. D. de contr. emt.* Thibaut Versuche 2. B. 4. Abth. *nr. II.*

22) *L. 1. §. ult. L. 2. — 7. D. de dolo.*

ferendi ausschließenden error essentialis, so wäre es in keinem Fall möglich, daß der, welcher bei einem stricti juris negotio, durch Arglist verleitet, eine Sache weggab, durch die actio de dolo erst restitutio in integrum suchen müßte. Denn wegen eines error essentialis werden alle, selbst die stricti juris Geschäfte [23]) null und nichtig, und doch muß der Betrogene bei diesen Geschäften durch die actio doli Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen. Noch mehr bestärken dies die Grundsätze von der condictio indebiti. Bekanntlich steht dem, welcher ein indebitum weggab, diese Klage alsdann zu, wenn er, durch einen entschuldbaren Irrthum verleitet, das indebitum zahlte. Dennoch geben die Gesetze einem solchen Zahlenden nicht eine rei vindicatio, als ob er seines Irrthums wegen das Eigenthum nicht verloren hätte, sondern nur eine condictio, und eben diese condictio ist der sicherste Beweis, daß er angesehen wird, als ob er das Eigenthum verloren habe [24]). Gerade so verhält es sich denn auch mit dem dolus caussam dans. Dieser giebt dem Betrogenen zwar das Recht den Handel aufzurufen, allein er kann ihn auch als gültig [25]) annehmen, und daher ist denn das Geschäft bis zur Erklärung des Betrogenen als gültig zu behandeln, und wird

23) *L. 57. D. de Obl. et act.*

24) §. 14. 15. *J. de action.*

25) *L. 13. §. 27. 28. de act. emt.*

erst 26) durch diese Erklärung, auch wo es keine restitutio in integrum im strengsten Sinn bedarf, ungültig.

§. 10.

b) Der Betrüger hat also bis zu dieser Erklärung ein interimistisches, aber revocabeles Eigenthum. Aus dieser Revocabilität folgt dann freilich, daß der Verkäufer von dem Käufer die Sache abfordern, keineswegs aber nothwendig, daß er sie auch von jedem dritten Besitzer vindiciren kann. Denn bekanntlich äussert sich die Revocabilität doppelt, ex nunc oder ex tunc wie man es nennt, d. h. entweder bloß gegen den Empfänger, oder auch gegen die, an welche dieser die Sache weiter veräusserte 27). Es ist also auch im jetzigen Fall aus besondern Gesetzen zu entscheiden, ob der Betrogene ein unbeschränktes Revocations-Recht habe, oder nicht? In den Pandecten existirt darüber keine namentliche Entscheidung. Nur aus einer 28) Stelle läßt sich folgern, daß der Käufer, welcher von dem Betrüger in bona fide die Sache erstand, nicht in Anspruch genommen werden kann, indem hier entschieden ist, ein solcher Käufer solle aus dem Betruge seines Verkäufers zwar nicht gewinnen, aber doch auch keinen Schaden leiden, welches letzte

26) *L.* 11. §. 5. *D. de act. emt.* *L.* 5. *C. de resc. vend.* C. van Eck *princ. jur. Rom.* *L.* 4. *T.* 3. §. 7.

27) *L. ult. D. de lege commissor.* *L.* 1. 5. *c. de pact. int. emt. et vend.* Höpfner Commentar §. 289.

28) *L.* 37. *D. de act. emt.*

unleugbar der Fall wäre, wenn man gegen ihn, besonders im Fall der Insolvenz seines Verkäufers, eine Vindication gestattete. Allein viel bestimmter ist die Stelle im Codex [29]), worüber leider die ausführlichsten und besten Commentatoren des Codex von Albericus, Cuiacius und Donellus bis auf Brunnemann, Giphanius, Perez, Wissenbach und Oosterga, so gut wie gar nichts gesagt haben. In diesem Gesetz heißt es nämlich ausdrücklich: der Betrogene könne, wenn der Betrüger inzwischen das Eigenthum der Sache (worüber er, wie gesagt, interimistisch disponiren kann) an einen dritten übertragen habe, diesen dritten nicht in Anspruch nehmen, sondern er müsse lediglich von dem Betrüger seine Entschädigung zu erhalten suchen. Hieraus ergeben sich denn von selbst folgende Resultate: wenn der Betrüger in dem Augenblick, da der Betrogene das Geschäft aufruft, die Sache noch hat, oder ein dritter dieselbe als Nichteigenthümer besitzt, so kann sie der Betrogene von dem Betrüger und dem dritten abfordern; ist sie hingegen durch ein das Eigenthum übertragendes Geschäft an einen dritten veräussert, so findet gegen diesen keine Vindication statt.

§. 11.

Zwar giebt es manche [30]), welche sagen, man müsse im Zweifel alle Rescripte des Codex nach Ana-

29) *L. 10. C. de resc. vend.*

30) *Voet. Comm. ad P. L. 4. P. 3. §. 3. Böhmer jus Dig eod. Tit. §. 3.*

logie des gemeinen Rechts verstehen, und also bei jenem Fragment voraussetzen, daß bloß von einem dolus incidens, oder einem, durch Stipulation zum stricti juris negotio gewordenen Kauf die Rede gewesen sey. Allein diese Erklärung beruht auf der, nach dem bisherigen völlig unerweislichen petitio principii, daß nach dem Pandectenrecht gegen den dritten Käufer eine Vindication statt fand; auch ist diese Auslegung in sich unhaltbar. Zuerst kann das erwähnte Fragment nicht von einem dolus incidens verstanden werden, man mag nun am Ende desselben mit den gewöhnlichen Ausgaben lesen: in integrum restitutio competit, oder nach der durch Cujacius [31]) attestirten Lesart verschiedener Manuscripte, in integrum restitutio aestimationis rei competit, wiewohl das letzte noch klarer der Supposition eines dolus incidens widerstritte. Denn jenes Fragment steht im Titel de rescindenda venditione. Da nun alle Fragmente im Zweifel nach der Rubrik des Titels [32]), worunter sie gesetzt wurden, zu verstehen sind, und wegen eines dolus incidens niemals Rescission [33]) des ganzen Geschäfts verlangt werden kann, so ist auch hier zu vermuthen, daß von der

31) *ad Tit. 44. 45. C. de resc. vend. cet. (in oper. Ed. Neapol. T. 10. p. 372.*

32) Thibaut Theorie der log. Ausl. 2. Aufl. §. 36. *princ.*

33) *L. 13. §. 4. 5. L. 32. L. 49. pr. D. de act. emt.* Glück Commentar. §. 296.

Rescission ob dolum principalem die Rede war; zumal, da ohne dies die Anfrage, ob wegen eines dolus incidens der dritte belangt werden könne? in sich völlig absurd gewesen wäre, und statt einer belehrenden Zurechtweisung, vielmehr die Celsische Antwort verdient hätte: aut non intelligo, quid sit, de quo me consulis, aut valde stulta est consultatio tua. Ebenso ist es höchst unnatürlich, in dem gegebenen Fall eine Stipulation vorauszusetzen. Denn der Kauf war bei den Römern ein an keine Form gebundener Consensual-Contract, wobei es auch keiner Stipulation bedurfte [34]), wobei man sich also auch gewiß in der Regel nicht die Mühe gab, das Geschäft durch Förmlichkeiten zu erschweren. Hätte also in dem Ungewöhnlichen der Stipulation der Entscheidungs-Grund der angeführten L. 10. C. gelegen, so würde darauf gewiß hingedeutet seyn, welches aber durchaus nicht geschehen ist.

§. 12.

c) Dem sich hieraus ergebenden Resultat, daß der Betrogene die rei vindicatio nicht gegen den dritten Besitzer hat, welchem der Betrüger die Sache durch ein gehöriges Rechtsgeschäft eigenthümlich übertrug, stehen denn auch alle jene Gesetze nicht entgegen, welche zum Verjährungs-Besitz die bona fides erfordern. Denn dieser Besitz soll ja zum vollen Eigenthum, und zwar nicht gegen den Veräussern-

34) pr. J. de obl. quae ex cons.

den, sondern gegen den dritten Eigenthümer führen. In unserm Fall ist aber die Rede davon, ob der betrügende Käufer gegen den veräussernden Verkäufer nicht wenigstens ein interimistisches Eigenthum erlange. Dieses kann denn offenbar ohne Verjährungs-Besitz gedacht werden, wie sich auch durch andere Beispiele beweisen läßt. Denn so kann derjenige, welcher eine Sache sub conditione resolutiva besitzt, dieselbe vor Existenz dieser Bedingung unleugbar [35]) nicht verjähren, und dennoch steht ihm ein interimistisches Eigenthum zu, welches in der Regel die Folge hat, daß die von ihm veräusserte Sache von dem dritten nicht zurückgefordert [36]) werden kann. Noch weniger wird die bisher vertheidigte Theorie dadurch widerlegt, daß der Empfänger eines indebiti, welcher die Nichtschuld kennt, als Dieb behandelt werden soll. Denn der Empfänger hat hier wirklich die Absicht, ohne Vergeltung das Vermögen des Zahlenden zu verringern, und kann insofern dem Diebe gleichgesetzt werden. Allein bei dem betrügerischen Käufer ist doch, weil er sich zu einer Wiedervergeltung verpflichtet, der Fall von ganz verschiedener Art. Daher wird dann auch die Rückforderung eines indebiti von den Gesetzen begünstigt, wo sie bei onerosen Geschäften keine Repetition ge-

35) *L. 7. §. 4. C. de praescr 30. annor. L. 1. §. ult. C. de annal. except.*

36) *L. ult. D. de lege commissor. L. 15. C. de pact. int. emt. et vend.*

statten. So haben z. B. Weiber, welche in Betreff des Rechtsirrthums im Ganzen [37]) nicht vom gemeinen Recht dispensirt sind, also auch das, was sie aus einem Rechtsirrthum zahlten, in der Regel nicht zurückfordern können [38]), dennoch das Privilegium [39]), daß sie ein gezahltes indebitum zurückfordern dürfen. Eben so gestatten die Gesetze ausgemacht bei stricti juris negotiis gegen den Betrüger auf Rückforderung des gegebenen die actio de dolo. Hätten sie nun die Idee gehabt, daß jeder betrügliche Empfänger als Dieb zu behandeln, und deswegen die condictio furtiva und rei vindicatio gegen ihn zulässig sey, so würde es bei dem oben erwähnten Princip, daß die actio de dolo unter allen Klagen die letzte sey, zu dem offenbarsten Widerspruche führen, wenn sie gegen den betrüglichen Empfänger die actio de dolo gestatteten.

§. 13.

Es kann also d) nur bloß noch die Frage davon seyn, ob nicht wenigstens in dem Fall, wenn der Betrüger sich durch Arglist Credit verschafte, eine Ausnahme zu machen seyn möchte? Die bisher entwickelten allgemeinen Begriffe sind offenbar dawider,

37) *L. 9. pr D. de jur. et facti ignor. L. 13. C. eod.*

38) *L. 3. pr. D. ad Sct. Maced.* Coccejii *jus contr. L. 12. T. 6. qu. 14.*

39) *L. 25. §. 1. D. de probat.*

weil ja auch ein solcher dolus nur einen Irrthum in den Beweggründen bewirkt, und also den animus transferendi nicht ausschließt. Die vorerwähnten Gründe der Gegner stehen dem auch durchaus nicht entgegen, denn wer sich Credit verschafft, hat, wie gesagt, an sich keineswegs die diebische Absicht, seine Mitcontrahenten ganz um das Seinige zu bringen, indem ja selbst nach der Güterabtretung der Gemeinschuldner, wenn er zu Vermögen kommt, wieder ausgeklagt werden [40]) kann; mithin hat das Erschleichen des Credits an sich, nur zum Zweck, in Ansehung der schuldigen Gegenleistung den Gläubiger vorläufig zu hintergehen. Noch weniger gehört aber hieher der Inhalt des einzelnen Gesetzes [41]), wo der Fall ist, daß der Pfandschuldner dem Gläubiger das schuldige Pfand gänzlich entziehen wollte, und zwar sogar durch eine ablatio, also eine wahre diebische Handlung, welche immer besonders gestraft [42]) wird, während, wie vorhin erinnert worden, bloße arglistige Beredungen zu einer Übergabe, nicht unter den Grundsätzen von furto, sondern unter den gewöhnlichen viel mildern Grundsätzen vom dolo malo stehen.

Alle diese Erörterungen ergeben es denn von selbst, daß der Betrogene gegen den dritten titulirten Be=

40) *L. 4. pr. D. de cession. bonor.*

41) *L. 3. D. de pignor. act.*

42) *§. 2. 6. J. de obl. quae ex delict.*

sitzer keine rei vindicatio hat, daß also auch im jetzigen Falle (selbst wenn man nach der Liberalität vieler Gerichte, die angestellte Klage zum Besten des Klägers ex officio in die rei vindicatio verwandeln wollte, weil es vielleicht nach den Acten zuträglicher seyn möchte, die erhobene Klage so genannt zu haben) der Kläger nur in sofern gegen den Beklagten siegen kann, als letzterer, nach der Behauptung des ersten, wirklich in der Eigenschaft eines praedo den streitigen Caffee besitzt.

§. 14.

Allein geht man obendrein von dem wahren juristischen Grundsatz aus, daß der Richter nach dem Klagschreiben erkennen muß, und daß demselben keine mutatio libelli ex officio erlaubt ist, und sieht man dann B) darauf, daß im gegenwärtigen Fall namentlich die actio publiciana angestellt ist, so kann der Beklagte auf allen Fall nur in der eben angegebenen Art verurtheilt werden, auch wenn man im Übrigen zugeben wollte, daß die rei vindicatio von dem Betrogenen gegen den titulirten dritten Besitzer angestellt werden könne. Denn die actio publiciana kann ja von dem prätorischen Eigenthümer nur gegen denjenigen angestellt werden, welcher die Sache nicht selbst als prätorischer Eigenthümer, also infirmiori jure [43]) besitzt. Nun aber ist es ja ein entschiedenes

43) §. 4. *J. de action. L.* 17. *D. de publ. in rem. act.*

Princip, daß wenn zwei prätorische Eingenthümer gegen einander streiten, welche von verschiedenen Nichteigenthümern die Sache erwarben, derjenige vorzuziehen ist, dem die Sache zuletzt tradirt [44]) ward. Hat nun der Betrüger veräussert, so ist dies doch, auch wenn man behaupten will, daß das Eigenthum nicht einmal interimistisch auf ihn übergehe, auf allen Fall die Veräusserung eines neuen Nichteigenthümers, und gerade diese schützt schon, wie gesagt, bei Anstellung der actio publiciana den Beklagten.

§. 15.

Nehmen wir nun dieses alles zusammen, so muß der Kläger im jetzigen Fall, ausser seinem prätorischen Eigenthum, ebenfalls beweisen, a) daß der streitige Caffee ihm wirklich durch dolus caussam dans abgelockt sey. Dieser Betrug ergiebt sich nun noch zur Zeit keineswegs aus den Acten. Denn wenn es auch wahr ist, daß der Käufer einer Sache, welcher seine Insolvenz kennt [45]), sich in dolo befindet, so muß doch doch diese Kenntniß, als Factum, erwiesen werden, welches bisher vom Kläger nicht geschehen ist. Zwar behauptet derselbe, daß diese Arglist sich von selbst daraus ergäbe, weil die Wittwe X. den streitigen Caffee nur zwei Tage vor der förmli-

44) *L. 9. §. 4. D. de public. L. 14. D. qui pot. in pign.* Höpfner Comment. §. 345. *not.* 3.

45) *L. 84. D. de jure dot. Alciati opera T. 4. p.* 434.

chen Erklärung ihrer Insolvenz gekauft habe. Allein wenn auch die Praktiker, überall zu willkührlichen Präsumtionen geneigt, häufig auf ein solches Factum die praesumtio doli gebauet haben, so geschieht dies doch offenbar mit der höchsten Willkühr, indem ja, besonders unter Kaufleuten, die Fälle häufig genug sind, daß plötzlich die Unglücksfälle von allen Seiten einbrechen, und daß der Gemeinschuldner wenig Stunden vor der Güterabtretung die Lage seines Vermögens nicht kennt, daher alle Präsumtionen jener Art, auf reiner Willkühr beruhend, gar keine rechtliche Rücksicht [46]) verdienen. Ausserdem muß aber der Kläger noch b) den letzten Theil seines von ihm auch ausdrücklich aufgestellten Klaggrundes beweisen, die Behauptung nämlich, daß Beklagter als praedo ohne Titel besitze. Denn dies ist, nach der ganzen bisherigen Ausführung, conditio sine qua non zur Durchsetzung der erhobenen Klage.

§. 16.

Gelänge aber dem Kläger der Beweis dieses vom Beklagten geleugneten und bisher durch nichts, als die unbeschworne, also unbedeutende Angabe der Adcitatin dargethanen Facti, so würde doch der Beklagte sich noch immer retten können, wenn er die Wahrheit seiner Einrede bewiese, der Behauptung näm-

46) J. G. A. Weber über die Fälle, wo der Cedent einer Forderung für die Güte haften muß. Hal. 1787. §. 3.

lich, daß die Wittwe X. ihm den streitigen Caffee wirklich verkauft habe. Denn setzte sich Beklagter auch Anfangs durch Gewalt in Besitz desselben, so konnte ja die Spoliatin nachher ihre Privatansprüche wegen der Gewaltthätigkeit aufgeben [47], und durch bloßen Vertrag den Besitz des Nichteigenthümers für denselben in einen Eigenthumsbesitz [48] verwandeln. Die Replik des Klägers, daß aber doch die Wittwe X. arglistig veräussert habe, käme denn auch hiergegen gar nicht in Betracht, weil, wie gesagt, selbst der Betrüger nach der angeführten L. 10. C. das Eigenthum übertragen kann, und auf allen Fall ein prätorisches [49] Eigenthum, welches, so wie es die actio publiciana begründet, auch gegen dieselbe schützt, wenn, wie oben gezeigt ist, Kläger und Beklagter von verschiedenen Personen die Sache erwarben. Daß der Beklagte die Insolvenz der Adcitatin vielleicht kannte, ist auch für denselben ohne allen [50] Nachtheil. Sollte aber dem Beklagten jener Beweis seiner Einrede nicht gelingen, und dagegen vom Kläger der ganze Klaggrund erwiesen werden, so wäre die Verurtheilung des ersten unvermeidlich, und er würde

47) *L. 27. §. 3. 4. D. de pact. L. 17. pr. D. commod. L. 6. §. ult. D. de act. emt. L. 36. D. de verb. obl.*

48) *L. 9. §. 1. 2. D. de publiciana. L. 9. §. 9. D. de reb. cred. L. 9. §. 5. D. de acquir. rer. dom.*

49) *L. 7. §. 11. D. de publician.*

50) *L. 6. §. 7. D. si quid in fraud. creditor.*

sich vergebens darauf berufen, wie er es bisher gethan hat, daß vermöge des in Bremen geltenden Grundsatzes: Hand muß Hand wahren, überhaupt keine vindicatio gegen den dritten statt finde. Denn unter jener Voraussetzung besitzt er ja als Spoliant; die Rechtsregel, Hand muß Hand wahren, soll aber nur den dritten Besitzer in gutem Glauben schützen, und keineswegs Diebe, Räuber und Spolianten den Grundsätzen des gemeinen Rechts [51]) entziehen, und ohnehin ist solche in den dortigen Statuten [52]) nur in einer eingeschränkten Anwendung anerkannt. Nach dem bisherigen, war daher das bereits gesprochene Definitiv-Urtheil voreilig gefällt, und es hätte zuvor auf Beweis, so wie jetzt geschehen ist, interloquirt werden müssen. Dieser Mangel aber rechtfertigt allerdings [53]) das jetzt zu beurtheilende Rechtsmittel, und somit auch das jetzige reformatorische Erkenntniß.

§. 17.

Was nun endlich III) die Proceßkosten anlangt, so versteht es sich von selbst, daß die Unkosten der

51) *Mevius ad jus Lubec. L. 2. Tit. 2. Art. 2. 11. 29. 30. Stryk U. M. L. 6. T. 1. §. 7. Böhmer Consult. et Dec. T. 3. p. 2. Resp. 159. Güttschow studia Lubecensium in promovendis commerciis. pag. 41. Wiese Diss. de rei vindicat. jure Lubec. §. 15. (in Gesterding Thesaur. jur. Lub. T. 1. p. 93.)*

52) A. D. Weber Beitr. zu Klagen und Einr. 1. Stück. S. 83.

53) *L. 4. C. de sentent. et interloc. c. 10. 11. C. 30. qu. 5. Clem. 2. de verb. signific.*

ersten Instanz, wegen des noch zu führenden Beweises, jetzt noch kein Gegenstand eines Erkenntnisses seyn können. Die in der vorigen und jetzigen Instanz erwachsenen Unkosten hingegen, sind billig gegen einander zu vergleichen, da der Revise und jetzige Querulat, obgleich wider ihn zu erkennen ist, die Entscheidungen eines angesehenen Gerichts für sich hat, welche auf jede Weise den Verdacht einer leichtsinnigen Streitsucht um so mehr von ihm entfernen, da dieser Proceß im Wesentlichen von Rechtsfragen abhängt, worüber die bedeutendsten Juristen von jeher gestritten haben, ohne bis jetzt eine Endigung des Streits zu bewirken.

Aus diesen Gründen sind wir dann Inhalts des Urtheils allenthalben zu erkennen billig bewogen worden.

VIII.

Von der Beschaffenheit und den Voraussetzungen kirchlicher Polizei-Strafen, im Gegensatze wahrer Criminal-Strafen.

§. 1.

Einleitung.

Wider einen protestantischen Prediger, war, auf Denunciation seiner Gemeinde, eine Untersuchung wegen begangener Unzucht, von dessen Consistorio eingeleitet und nach deren Beendigung der Denunciat, seines Leugnens ungeachtet, aus sehr dringenden Indicien des geistlichen Amtes verlustig erklärt; dieses Erkenntniß auch, auf die dagegen geführte Defension, durch ein Urtheil der Juristen-Facultät zu Rostock bestätigt. Allein dabei beruhigte der Denunciat sich noch nicht, sondern suchte in einer neuen Defension unter andern auch zu zeigen, wie ungerecht es sey, aus bloßen Wahrscheinlichkeits-Gründen gegen ihn eine Straferkenntniß zu fällen. So sehr nun auch das hiesige Spruchcollegium, welchem die Acten zum neuen Rechtsspruche zugesandt wurden, von der Unzulässigkeit einer *peinlichen* Bestrafung ex indiciis, den

bisherigen gemeinen Rechten nach, überzeugt ist; so hat dasselbe doch kein Bedenken getragen, die Amts-Entsetzung des Denunciaten deshalb zu bestätigen, weil dieselbe in diesem Falle nicht als eine wahrhaft peinliche, sondern nur als eine kirchliche Polizei-Strafe zu betrachten war.

Dies gab daher Gelegenheit, in den Entscheidungs-Gründen, den Unterschied zwischen genannten beiden Straf-Gattungen, auf folgende Art zu entwickeln.

§. 2.

Entscheidungs-Gründe.

Das vorliegende Erkenntniß wird nur dann aus dem richtigen Gesichtspunkte beurtheilt werden, wenn die Vorfrage entwickelt ist: ob hier eine wahre Criminal- oder nicht vielmehr eine kirchliche Polizei-Sache vorliege?

Unverkennbar ist nämlich zwischen beiden der Unterschied, da unter andern 1) nach unsrer Überzeugung wenigstens, ohne vollständigen directen Beweis, keine Criminal-Strafe [1]) erkannt werden darf: hingegen es eine ausgemachte Wahrheit ist, daß das canonische Recht, wenigstens seine kirchlichen- oder Disciplin-Strafen, auch schon wegen eintretender erheblicher

1) Art. 22. der P. G. O. Feuerbachs Lehrbuch des peinl. Rechts §. 83. *edit.* 3. Stübel über den Thatbestand der Verbrechen. §. 257.

Verdachtsgründe, d. h. bei vorhandenem künstlichen Beweise, zu verhängen erlaube [2]) und gebiete, welche Vorschrift als durch die P. G. O. abgeändert, keineswegs betrachtet werden kann, da diese einen völlig verschiedenen Gegenstand ausschließend betrifft und namentlich sich auf

„peinliche Strafe"

beschränkt.

Eben so läßt sich 2) die Verjährung des peinlichen Strafrechts auf das Recht kirchliche Polizei- oder Disciplin-Strafen zu verhängen, überall nicht ausdehnen, weil deren Anwendung auf peinliche Strafen, bereits nur eine, kaum zweckmäßig und passend [3]) zu nennende Extension der Extinctiv-Verjährung bürgerlicher [4]) Klagen enthält, welche daher nach allgemeinen gesetzlichen [5]) Regeln keine fernere Ausdehnung leidet. Daher dann auch bereits ältere Schriftsteller [6]) deren Anwendbar-

2) *C. 13. et 14. X. de praesumtionib. Gonzalez Tellez Commentar. in decretal. L. II. tit. 23. ad c. 14.*

3) *Stübel Diss. utrum delictor. poenae. praescriptione recte tollantur necne? Vit. 1793.*

4) *J. S. F. de Böhmer in observat. ad Carpzovii pract. nov. rer. crimin. qu. 141. obs. 1.*

5) *L. 14. D. de legibus.*

6) *Rave doctrina de praescript. §. 161. obs. II. Bastineller D. de poenis clericorum earumque praescriptione. Viteb. 1729. sect. II. §. XII.*

keit auf kirchliche Disciplin-Strafen mit Recht behauptet haben.

Ein fernerer, hier nur noch 3) herauszuhebender Unterschied zwischen wahren Criminal- und kirchlichen Polizei-Sachen, betrifft endlich die Art des Verfahrens. Diese ist bei bloßen Polizei-Sachen bekanntlich [7]) überall weniger feierlich, mehr summarisch, als bei den wahrhaft peinlichen, und dies gilt besonders auch von dem Verfahren in kirchlichen [8]) Polizei- oder Disciplin-Sachen.

§. 3.

Ergiebt sich schon hieraus, nun die allgemeine Wichtigkeit jener Frage, so wird ihre Beantwortung im vorliegenden Falle besonders für desto unentbehrlicher geachtet werden müssen, je unverkennbarer es ist, daß die Untersuchung in vorliegenden Acten noch manches unerörtert gelassen habe, und die herbeigeschafften Beweise, weder directe, d. h. auf Schlußfolgerungen nicht beruhende, noch auch vollständige genannt zu werden verdienen.

Nun läßt sich aber jene Frage wohl nur dahin beantworten, daß die ganze hier vorliegende Unter-

7) *P. J. Haus de potestat. politiae et criminal. nexu et differ. Wirceb. 1799. §. 13.*

8) Quistorp's Grundsätze des peinl. Rechts. *edit.* 4. §. 582.

suchung allerdings eine kirchliche Polizei- und keineswegs eine peinliche Rechts-Sache betreffe.

Denn a) würde die Gerichtsbarkeit des fürstlichen Consistorii in dieser Sache gar nicht begründet gewesen seyn, wenn sie als eine peinliche betrachtet wäre; indem die dortige erneuerte Kirchenordnung Cap. XIV. §. 2. die Prediger dem Consistorio nur in solchen Criminal-Fällen unterordnet, welche poenam capitalem vel corporis afflictivam nicht nach sich ziehen, nun aber auf den zweiten oder wiederholten Eheburch, ohne Unterschied, der Staupenschlag oder Landsverweisung, durch die dortige Landesordnung [9]) vom 3. Jan. 1593 gesetzt ist, man muß aber, weil jedes Gericht die Rechts-Vermuthung [10]) der Legalität für sich hat, im Zweifel annehmen, daß es die Gränzen seiner Befugnisse am wenigsten in solchen Fällen habe überschreiten wollen, wo gar keine Prorogation statt findet, wie dies in Criminal-Sachen [11]) der Fall ist. Mithin läßt sich schon darum, nur als kirchliche Polizeisache, die vorliegende betrachten.

Dazu kommt b) die hinreichend bestimmte und deutliche Aeusserung des fürstlichen Consistorii in seinen Berichten [12]), wo ausdrücklich anerkannt ist,

9) s. Fredersdorff's Promtuar der fürstl. Braunschw. Wolfenb. Verordn. 1. Theil. S. 209.

10) *C.* 23. *X. de electione c.* 6. *X. de renunciat.*

11) Glück's Commentar über d. Pandect. 3. Th. §. 207. S. 118.

12) N. 103. und 121. *act.*

daß die in den Acten enthaltenen Beweise nur unvollständige seyen, gleichwohl das gefällte Absetzungserkenntniß wegen der besondern Eigenschaft des Denunciaten, als Kirchendieners und Seelsorgers gerechtfertigt und vorzüglich auf das von ihm seiner Gemeinde gegebene Aergerniß Rücksicht genommen ist, welches alles bei einer wahren Criminal-Sache sich anders verhalten müßte.

§. 4.

Man nehme endlich c) noch hinzu, daß das erfolgte Straferkenntniß in vorliegender Sache lediglich eine Entsetzung vom Predigeramte gegen Denunciaten verhängt hat, welche an sich schon nur zu den wahrhaft kirchlichen Strafen [13]) gehört, und welche in diesem Falle um so weniger die verdiente Criminal-Strafe enthalten konnte, da der Denunciat mehrmals wiederholter Ehebrüche sehr verdächtig geworden ist, welche mit Staupenschlag und Landesverweisung nach obgedachtem Landesgesetze bedrohet worden; daher dann eine peinliche Untersuchung hierüber allerdings noch weiter hätte fortgesetzt werden müssen, da es dem Richter nie frei stehet, zu Abkürzung der Untersuchung eine geringere [14]) Strafe zu verhängen; während es hingegen der kirchlichen Obrigkeit genügt, einen untauglichen Kirchendiener

13) *C. 2. de poenis. 6.*

14) Feuerbach's Lehrbuch des peinl. Rechts. §. 71. *ed.* 4.

seines Amtes zu entsetzen, und dessen noch obendrein verdiente peinliche Strafe der competenten Criminal-Behörde [15]) zu überlassen.

Alle diese Momente werden es dann sicher vollkommen rechtfertigen, wenn wir den vorliegenden Rechtsfall lediglich als eine kirchliche Disciplin- oder Polizei-Sache beurtheilt und nach diesem Gesichtspunkte die bereits darin ergangenen Urtheile geprüft haben.

§. 5.

Dies vorausgesetzt, leidet es aber keinen Zweifel, daß das gegenwärtige Erkenntniß nicht anders, als confirmatorisch ausfallen konnte, was auch der Defensor in der fernerweit eingereichten Defensionsschrift auszuführen versucht haben möchte. — Denn I) die vorgeschützte Verjährung konnte die gegenwärtige kirchliche Polizei-Untersuchung und Bestrafung überall, nach dem obigen, nicht hindern, da wir überhaupt nicht dafür halten, daß die Extinctiv-Verjährung, welche nur ein singuläres Rechts-Institut ist, als Regel zu betrachten sey, sondern vielmehr lediglich eine nicht auszudehnende Ausnahme von dem Grundsatze bilde, daß im Zweifel kein Recht durch Nichtgebrauch verloren [16]) gehe. Nimmt man nun nur einige Rück-

15) Wiese Handbuch des Kirchenrechts. 3. Th. S. 470. Fredersdorf Anweisung für Justizbeamte. 1. Th. S. 285. §. 6.

16) Thibaut über Besitz und Verjährung. §. 38.

sicht auf die Eigenheiten der kirchlichen Disciplin-Strafen, und insbesondere bei der Geistlichkeit, auf die durch keine Verjährung zu tilgenden Nachtheile für die Moralität und Erbauung der Gemeinde, welche aus dem unsittlichen Lebenswandel des Predigers entstehen, so wird man zugeben müssen, daß die Ausdehnung der Extinctiv-Verjährung von Klagen oder Einreden (bei welchen es nur veräusserlichen Vermögens-Verhältnissen gilt), auf das Recht die Kirchen-Zucht auszuüben, wobei es auf Sicherung der Moralität ankommt, nicht anders denn als höchst unpassend und unstatthaft erscheine.

Wir brauchen daher auch daran nicht einmal zu erinnern, daß jene Einrede von dem Denunciaten ohnehin nur in Rücksicht des ersten ihm zur Last gelegten Vergehens mit der Tochter des Predigers B. vorgeschützt worden sey; bei dem zweiten Falle mit der Katharina D. aber, welcher zeitig genug zur Sprache gebracht ist, keine auch nur scheinbare Anwendung leide, und schon deßhalb unerheblich sey, da sich unten ergeben wird, daß dieser einzige letzte Fall die erkannte Amts-Entsetzung des Denunciaten schon hinreichend rechtfertige.

§. 6.

Wir wenden uns daher II) zu Erörterung der Frage, welche Voraussetzungen eintreten müssen, wenn ein Prediger im Wege des kirchlichen Disciplin-Ver-

fahrens seines Amtes soll entsetzt werden. Da wir hierbei mit dem verdienstvollen Justus Henning Böhmer [17]) annehmen, daß die kirchliche Gesellschaft keinesweges befugt sey, ihre Diener willkührlich zu entlassen, so kommt es a) auf die rechtfertigenden Gründe einer solchen Amts-Entsetzung selbst an, in sofern sie für den vorliegenden Fall von Erheblichkeit sind; dann aber b) auf den Grad der juristischen Gewißheit, welche über die concrete Existenz eines solchen Grundes supponirt wird, wenn darauf ein Urtheil soll gestützt werden können.

ad a) Vorzüglich unter mehrern andern Amts-Entsetzungsursachen gegründet, ist nun wohl schon nach der Natur der Sache der den Denunciaten treffende Vorwurf, daß er durch eignes Verschulden sich wenigstens den Schein und einen bedeutenden Verdacht eines unsittlichen und ausschweifenden Lebenswandels zugezogen, hierdurch aber die Voraussetzungen aufgehoben habe, unter denen allein die kirchliche Gesellschaft ihm ein Predigeramt anvertraut hat, und anvertrauen kann.

§. 7.

Ist es nämlich bei Vertragsverhältnissen einzelner Privatpersonen ein ausgemachter Rechtssatz, daß derjenige, welcher einen zweiseitig gleichen Vertrag sei-

17) *J. E. P. tom. 5. L. v. tit. 37. §. 60. f. 61.*

nerseits nicht nur nicht erfüllt, sondern obendrein sich wohl gar durch sein Verschulden zu dessen Erfüllung ausser Stand setzt, nun auch nicht verlangen könne, daß dieser Contract dennoch [18]) von der andern Seite ausgehalten nnd erfüllt werde; so muß auch die kirchliche Gesellschaft bei ihren Dienstverträgen befugt seyn, gleiche Grundsätze geltend zu machen, indem sie als moralische Person wenigstens Ansprüche darauf hat, nach den für alle Privatpersonen geltenden Gesetzen gerichtet zu werden [19]), welches namentlich auf Dienstvernachläßigung der Geistlichen sich in Gesetzen angewendet [20]) findet — Sehr richtig gründet daher auf diesen Gesichtspunkt Hommel [21]) überhaupt das Recht aller Kirchenstrafen; und wenn das Canonische [22]) Recht einen keuschen und enthaltsamen Lebenswandel der Geistlichkeit nicht bloß als Regel der Sittenlehre, sondern auch bei Strafe gebietet, welche wider die erhöhet werden soll, die sich zu verheirathen das Recht haben, und namentlich auch in Amts-Entsetzung soll bestehen können, so ist diese Gesetzesvorschrift weiter nichts als eine Wiederholung und

18) *L. 25. D. de act. emti vend. L. 57. pr. D. de aedilit. edicto. L. 15. §. 6. et 8. D. locati. L. 21. C. de pactis.*

19) Glück's Commentar über d. Pfand. 1. Th. §. 89.

20) *L. 42. §. 10. C. de episcop. et clericis.*

21) In seinen philosoph. Gedank. über d. Criminal-Recht. §. 80.

22) *C. 13. X. de vita et honestate clericor.*

ausdrückliche Anerkennung allgemeiner Grundsätze, welche zu demselben Resultate führen würden. Denn, auch ohne die ausdrücklichen Vorschriften des Canonischen Rechts, welche doch in Rücksicht der allgemeinen Pflichten der Geistlichen auch in der protestantischen Kirche eine wahre Rechtsnorm [23]) ausmachen, würde schon die Natur des Amtes eines Seelsorgers es offenbar von selbst mit sich bringen, daß ein Prediger sich eines durchaus sittlichen, unanstößigen Betragens befleißige, und selbst den äusseren Schein der Immoralität vermeide, da man nicht hoffen könnte, daß er ohne ein solches Betragen die Sittenlehre mit Erfolg vortragen werde, zu der er sich doch bekennt, und welche zu lehren er vermöge seines Dienstvertrags sich verpflichtet hat. Ja er würde den ausdrücklichen Vorschriften der heiligen Schrift entgegen handeln, ungeachtet er diesen genau nachzukommen bei seiner Anstellung gelobt, und sie in diesem Stücke wenigstens als Kirchengesetze [24]) zu betrachten sind.

§. 8.

Somit bedarf es ad b) nur noch einer näheren Erwägung der Frage, wie weit die einem Prediger vorgeworfenen Ausschweifungen juristisch erwiesen

23) Wiese Handbuch des Kirchenrechts. 3. Th. §. 383.

24) 1. Thimoth. *III*, 2—4. 7. 12. Titus *I*, 6. 9. verglichen mit Glück *praecognit. uber. univ. juris pr. eccl.* §. 16. *pag.* 21. *in f. et p.* 22.

seyn müssen, wenn man ihn deshalb seines Amtes entsetzen will, um dann den vorliegenden einzelnen Fall hiernach richtig zu beurtheilen.

Nicht die Rechtsgelehrten [25]) allein, sondern auch bestimmte Vorschriften des Canonischen [26]) Rechts erkennen nun aber die Wahrheit des Satzes an, daß ein bedeutender Verdacht (Wahrscheinlichkeit), besonders wenn solcher ein Gegenstand des allgemeinen Rufs geworden ist, und der dem Prediger anvertrauten Gemeinde zum Anstoße und Aergerniß gereicht, ein hinreichender Grad von Beweis sey, um den wenigstens den äußeren Schein nicht sorgfältig genug meidenden Prediger, als untauglich zu seinem Amte zu removiren.

§. 9.

Wenden wir demnach III) diese Grundsätze auf die vorliegende Untersuchung an, so kann es kaum einen Zweifel leiden, daß der Denunciat, seinem eignen Geständnisse zufolge, und nach den übrigen actenmäßigen datis, in einem sehr hohen Grade verdächtig erscheine, sich unkeusch betragen zu haben, daß auch ausserdem er sich den allgemeinen bösen Ruf dieser unsittlichen Aufführung zugezogen und seiner Gemeinde dadurch ein großes Aergerniß gegeben, mithin daß er

25) s. Strubens rechtl. Bedenken. 2. Th. Bedenk. 90. *Leyser spec. 650. m. 32. Engau decis. et respons. pt. 2. resp. 51. n. 8.*

26) *C. 2. 8. et 10. X. de rehabitat. clericor. C. 22. D. 18.*

die wider ihn verhängte Amtsentsetzung vollkommen verdient habe. — Nur darf man bei dieser Erörterung den selbst für den Criminal-Proceß gesetzlich [27]) gebilligten Grundsatz mehrere einzelne Wahrscheinlichkeits-Gründe nicht sowohl einzeln, als in ihrer Verbindung mit einander zu würdigen, nicht übersehen, sondern man wird mit noch größerm Rechte in dieser Kirchen-Disciplin oder Polizei-Sache das Gewicht der vorhandenen Verdachts-Gründe aus ihrem Zusammentreffen, ihren cumulo zu beurtheilen haben. Wir werden daher, weil der Defensor diesen wichtigen Gesichtspunct ganz übersehen hat, eine kurze Uebersicht aller der zusammentreffenden Umstände, welche sich in Beziehung auf den unkeuschen Lebenswandel des Denunciaten in den Acten finden, hier beifügen müssen. Es ist folgende Reihe von datis! u. s. w. *).

27) Art. 27. der P. G. O. Grolmann's Grundſ. der Criminal. Rechtswissenschaft. *ed.* 2. §. 451. *b.*

*) Das factische dieses Rechtsfalles, ist in keiner Hinsicht zu einer Bekanntmachung in dieser Sammlung geeignet. Ich breche daher hier ab.

IX.

Erörterung verschiedener Gegenstände der Civil-Proceß-Theorie; nämlich: 1) von dem speciellen Gerichtsstande und der Proceßart bei einzuklagenden Deserviten eines Sachwalters. 2) Von der Befugniß den deferirten und acceptirten Haupteid zurückzunehmen. 3) Von der Nichtigkeits-Beschwerde wider Handlungen eines Gerichts.

§. 1.

Geschichts-Erzählung.

Der Hofagent N. N. zu — belangte den Domherrn — daselbst, bei dem Magistrate zu L. auf Bezahlung eines angeblich versprochenen Mäkelgeldes, und ließ, auf dessen Leugnen, ihm sofort in der Replik über die Richtigkeit des Versprechens den Haupteid zuschieben. Dieser wurde von dem verklagten Domherrn angenommen und darauf Termin zu dessen Ableistung unter Vorladung des Klägers gehörig angesetzt, ohne überall eine Beweisfrist bestimmt und abgewartet zu haben. Auch war in dieser Ladung nicht etwan ein bedingtes Definitiv-Er-

kenntniß ertheilt, sondern bloß die Eidesformel neben der Citation zum Termin wörtlich angegeben. Der Kläger will zwar seinem Sachwalter zeitig die Instruction ertheilt haben, den Beklagten jenen Haupteid durchaus nicht wirklich ableisten zu lassen, sondern gewisse ihm zugestellte Urkunden zum Beweise des in der Klage behaupteten Versprechens zu gebrauchen, durch deren Vorlegung der Beklagte von der moralischen Unmöglichkeit, den Eid abzuleisten, würde überzeugt werden; allein der Sachwalter machte hiervon ehe keinen Gebrauch, als in dem, erst nach Verlauf von mehr als zehn Tagen nach Insinuation der Ladung angesetzten Schwörungs-Termine selbst.

§. 2.

Hier protestirte er, bei des Beklagten bestimmt erklärter Bereitwilligkeit den Eid vorgeschriebenermaßen abzuleisten, gegen dessen Abnahme, legte die Urkunden vor, und nahm den Eid zurück. Der Beklagte gab aber zu Protokoll, diese Zurücknahme sey verspätet, und unter Vorbehalt der Beantwortung der Urkunden verlangte derselbe die Eides-Abnahme. Das Gericht schritt nun auch in der That jetzt gleich zu der Abnahme des Eides, ohne zuvor dessen Zurücknahme auch nur in einem Protocollar-Bescheide verworfen zu haben. Der Anwalt des Klägers ergriff daher gegen dieses Verfahren (ehe noch das Endurtheil erfolgte) nunmehr eine Nichtigkeits-Beschwerde an

das nächste Obergericht, beobachtete jedoch dabei das Decendium nicht, und suchte die ganze Procedur bei dieser Eides-Abnahme als nichtig darzustellen. Als aber das Obergericht die Acten abforderte, so trat das Untergericht mit einer Intervention auf, worin dasselbe zu zeigen suchte, daß diese Sache an den Oberrichter überall nicht devolvirt sey, da von einer unheilbaren Nichtigkeit hier nicht die Frage seyn könne, und in Ansehung eines ordentlichen Rechtsmittels die Nothfrist der Einwendung versäumt worden. Diese Intervention erhielt auch ganz den Beifall der Juristen-Facultät zu H., wohin auf Verlangen die Acten versandt wurden; und ungeachtet eines dagegen gehörig ergriffenen Rechtsmittels wurde das Urtheil derselben von der Juristen-Facultät zu M. bestätigt; indem beide Spruch-Collegia zu zeigen suchten, daß hier nur eine heilbare Nichtigkeit begangen seyn könne, und daher die Versäumung des decendii dem Kläger entgegenstehe. Durch diese rechtskräftig gewordenen Erkenntnisse blieb es daher bei dem Verfahren des Untergerichts in Ansehung der Hauptsache, welche mit einer Abweisung des Klägers und Verurtheilung desselben in die Proceß-Kosten sich endigte.

§. 3.

Der Sachwalter des Hofagenten N. N., welcher demselben noch in mehreren anderen Rechtsangelegenheiten vor verschiedenen Gerichtshöfen Beistand geleistet hatte, belangte demnächst diesen, auf Berich-

tigung seiner sämmtlichen Deserviten-Rechnungen bei des Beklagten generellen Gerichtsstande. Die Rechnungen waren zwar specificirt, allein noch nicht moderirt; Kläger behauptete jedoch, daß der Beklagte die ganze Rechnung ausdrücklich als richtig anerkannt, zu bezahlen versprochen und Abschlagszahlung darauf geleistet habe. Aus diesem Grunde gehöre diese Sache vor das gewählte Forum, dessen Moderation er, der Kläger, sich allenfalls unterwerfe, und wobei der Beklagte ansehnliche Kosten spare, welche eine getrennte Einforderung aller einzelnen Posten veranlassen würde. — Der verklagte Hofagent setzte 1) die gemeinschaftliche Einrede allen Posten entgegen, daß die Rechnungen, eine jede bei dem Gerichte, vor welchem der Rechtsstreit, den sie betreffe, geführt worden, zuvor moderirt seyn müsse, da er die Richtigkeit des Ansatzes leugne und bei seiner Unwissenheit über die der Taxordnung entsprechende Größe der einzelnen Posten durch Abschlagszahlung die Rechnung für richtig nicht anerkannt habe. Auf den Fall, daß diese Moderation geschehen seyn werde, setzte er 2) den einzelnen Posten noch specielle Einreden entgegen; der einen Rechnung nämlich, daß Kläger versprochen habe, diesen Rechtsstreit unentgeldlich zu führen; einer andern hingegen, die Einrede der Zuvielforderung, weil mehrere Personen an diesem Rechtsstreite Theil genommen, er also nur seinen Antheil zu zahlen habe. Der Rechnung wegen des Processes wider den Domherrn (§. 1.) wurde insbesondere respective

die Einrede der Compensation opponirt und eine Wiederklage darauf gestützt, daß nach Maßgabe der zu adjungirenden Acten über jenen Rechtsstreit derselbe durch Klägers Schuld und erst unzeitig geschehene Zurücknahme des Eides, auch durch Versäumniß des decendii verloren gegangen sey, daher der Kläger den Betrag dieses Anspruchs an seiner jetzigen Rechnung abzuziehen und den Überschuß herauszuzahlen haben. Endlich folgte eine zweite Wiederklage auf gesprochene 2 Procent Mäkelgeld für ein Darlehn von 1500 Rthlr. welches Beklagter dem Kläger negociirt habe.

§. 4.

Der Kläger behauptete in der Replik zuförderst, die Einreden des Beklagten seyen alle illiquid und in der executivischen Proceßart, worin alle Deservitenforderungen behandelt werden müßten, deshalb schon unzuläßig. Mit Vorbehalt dieser Erinnerung aber bemerkte Kläger ausser dem Vorigen noch ad 1) daß die Abschlagszahlung 6 Wochen nach Empfang der Rechnung geleistet sey und mehr betragen habe, als die Summe irgend eines einzelnen Postens. Er leugnete ad 2) aber das Versprechen einer unentgeldlichen Besorgung des einen Rechtsstreits, und stützte sich bei dem andern auf einen Nebenvertrag, wodurch Beklagter versprochen habe, diesen Posten ganz, anstatt aller Genossen, zu zahlen, wogegen derselbe auch bereits den Antheil eines Streitgenossen wieder empfan-

gen habe. Endlich suchte Kläger die vorgeschützte Compensation auch als illiquid und die Wiederklage als nicht conner mit der Vorklage zu elidiren, leugnete aber auf allen Fall, alle Verpflichtung zu 2 Procent Mäkelgeld für ein negotiirtes Darlehn, welches selbst er in Abrede stellte. — Die Duplik enthielt nichts neues von Erheblichkeit, ausser einer Allegation von Landesgesetzen wegen der Deserviten, und einer Eidesdelation über das Versprechen der unentgeldlichen Assistenz und die Negociirung des Capitals auf dessen Mäkelgeld die Wiederklage gerichtet war. Dann aber veranlaßte er die Adjunction der Acten über den Proceß mit dem Domherrn — woraus die vorgeschützte Compensation liquid werde. — In der Wiederklage duplicirte Kläger, daß die Eideszuschiebung laut der (deutlichen) Landesgesetze im Executiv-Processe unzulässig sey, ob er gleich in separato bereit wäre die Eidesanträge zu acceptiren. — In dieser Lage wurden die Acten, auf Beklagtens Begehren hierher gesandt, und über einige Deservit-Rechnungen, zur Erläuterung Acten desselben Gerichts (in welchen diese Kosten erwachsen waren) von Amts wegen beigelegt. Das hiesige Erkenntniß mit seinen Gründen war folgendes.

§. 5.

Urtheil.

In Sachen des — N. zu D. Imploranten und Wiederbeklagten an einem, wider den Hofagenten N.

N. daselbst Imploraten und Wiederkläger am andern Theile, wegen einer Deserviten-Forderung, erkennet .— auf eingeholten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

Daß da Implorat auf die erhobene Klage sich eingelassen, dieselbe aber zum Theile verneinet hat, Implorant schuldig seye: entweder einzelne von den von den verschiedenen Gerichten, vor welchen die den jetzt eingeklagten mehreren Deserviten-Rechnungen zum Grunde liegenden Rechtsstreitigkeiten, verhandelt worden sind, moderirte Rechnungen beizubringen, oder aber besser, als geschehen ist, zu erweisen,

„daß der Implorat die unter den Acten befindliche „allgemeine Berechnung, als richtig agnoscirt, „und dieselbe tilgen zu wollen erklärt habe";

außerdem aber auch noch, so viel insbesondere den unter tit. H. in eben dieser Rechnung der Acten, berechneten Posten betrifft, auf jeden Fall darzuthun,

„daß der Implorat es übernommen habe, auch für „den Antheil der bei solcher Rechtssache interessirten „übrigen Streitgenossen haften zu wollen.

Dagegen bleibt dem Imploraten der Gegenbeweis überhaupt und insbesondere auch der Beweis folgender Einreden:

„daß Implorant den Namens des Imploraten wi- „der den Colonum S. zu B. wegen einer Holz-

„fuhr geführten Rechtsstreit, unentgeldlich zu
„führen versprochen,"

und ferner

„daß Implorat dem Imploranten 1500 Rthlr. auf
„Wechsel negotiirt, letzterer ihm, dem Imploraten,
„aber 2 Procent Mäklergebühr deshalb verspro-
„chen habe,"

hierdurch vorbehalten; zu dessen Führung es demselben, Einwendens ungeachtet, auch unbenommen bleibt, sich der Eideszuschiebung zu bedienen. Beiden Theilen aber wird zu Antretung aller dieser Beweise und des Gegenbeweises eine peremtorische Frist von 4 Wochen, von Eröffnung dieses Urtheils an gerechnet, hierdurch festgesetzt, welchem nächst in der Sache weiter ergehet was Recht ist. Anlangend hingegen die auf Entschädigung wegen des gegen den Domherrn — vor dem Magistrat zu L. geführten Rechtsstreites erhobene Wiederklage, so ist Wiederbeklagter von derselben lediglich zu entbinden und freizusprechen.

Die Entscheidung über die Proceßkosten des jetzigen Rechtsstreites überhaupt, bleibt endlich bis zu dem künftigen Endurtheile ausgesetzt, und es sind hiervon nur die dermaligen Acten-Versendungskosten auszunehmen, welche Implorat, als bittender Theil, allein zu tragen verbunden ist. V. R. W.

§. 6.

Entscheidungs-Gründe.

Der Implorat hat zwar zuförderst der erhobenen Klage die Einrede entgegengesetzt, daß der unrechte Gerichtsstand erwählt worden sey, indem die dermalen eingeklagten Deserviten nur von dem Richter der Hauptsache gehörig moderirt werden könnten; eine Behauptung, welche, wenn sie auch weniger in den gemeinen [1]) Rechten gegründet seyn sollte, dennoch aus den dortigen Landesordnungen * nicht undeutlich hervorgehet, und wogegen des Imploranten Replik, daß es dem Imploraten selbst vortheilhaft sey, statt so viel getrennter Rechtsstreitigkeiten über die einzelnen Deserviten-Posten, nur in einen einzigen Proceß, welcher sie alle umfasse, verwickelt zu werden, von überall keinem juristischen [2]) Ge-

1) *Bach opuscula. Diss. VII.* § 15. So wie der Gerichtsstand der Connexität mehrerer Sachen überhaupt, den gemeinen Rechten nach, noch nicht außer allem Zweifel in Rücksicht seines Umfanges ist, so ist namentlich auch die Frage dabei gesetzlich nicht bestimmt, in wie weit dritte Personen, welche nicht Theilnehmer des Rechtsstreits sind, an dieses Forum gebunden seyen? Weiter, als höchstens auf die Neben-Personen in der Hauptsache, kann man es meiner Meinung nach nicht ausdehnen, bei welchen gewissermaßen ein *forum gestae administrat.* hier eintritt. Ein Zeuge, welcher seine Pflicht, Zeuge zu seyn bestreitet, kann daher, wenn er für sich ein anderes Forum hat, nicht vor dem Richter der Hauptsache, auf Ablegung des Zeugnisses belangt werden.

Anmerk. des Herausgebers.

2) *L. 69. D. de reg. juris.*

wichte ist: gleich wie dann auch des Imploranten Erklärung, seine Deserviten-Forderung in allen ihren Posten der Ermäßigung des Gerichts, an welches er sich jetzt gewendet hat, unterwerfen zu wollen, theils als einseitige Willens-Erklärung, welche keine Prorogation begründen kann, theils auch deshalb überall nicht in Betracht kommt, weil Implorant nicht einmal sämtliche vor andern Gerichten verhandelte Manual-Acten beigefügt hat, ohne deren Einsicht doch die Moderation der auswärts geschehenen Verhandlungen überall nicht thunlich wäre.

Allein dem ungeachtet hat der Implorant mit seiner Klage an ein anderes Gericht deshalb nicht verwiesen werden können, weil I) in der Klagschrift ausdrücklich behauptet ist, der Implorat habe seinen auf die neu eingeklagte Rechnung abschläglich geleisteten Zahlungen, die Bemerkung beigefügt:

„daß er zwar die Rechnung als richtig agnoscire
„und tilgen wolle ꝛc.

Wäre dies aber wahr, so würde weder nach gemeinen, noch nach dortigen Landesgesetzen eine wahrhafte Connexität zwischen dem bestimmt versprochenen Honorar und der Hauptsache, weiter noch vorhanden und die Klage auf Erfüllung des Versprechens vor Imploratens ordentlichem Gerichtsstande mit vollem Rechte erhoben seyn; mithin mußte dieses specielle und vom Imploraten abgeleugnete Fundament der Klage jetzt zum Gegenstande der Beweis-

führung gemacht werden, indem die vom Imploranten ebenfalls behauptete stillschweigende Anerkennung der eingeklagten Forderung aus der dafür angeführten Thatsache, dem Leisten abschläglicher Zahlung, besonders unter vorliegenden [3]) Umständen überall nicht folgt.

§. 7.

Selbst aber auch auf den Fall, daß jener Beweis mißlingen sollte, würde doch II) noch die Äusserung des Imploraten in Betracht kommen, daß er nur die Beibringung moderirter Deserviten-Rechnungen begehrt und nicht um Entbindung von der Einlassung vor diesem Gerichte [4]) gebeten, vielmehr seine Einreden auch gegen einzelne Posten bereits vorgetragen und sogar eine doppelte Wiederklage angehängt hat, woraus dann wenigstens eine stillschweigende Prorogation der Gerichtsbarkeit in dieser Sache um so mehr gefolgert werden muß, weil ohne eine solche Absicht die Anbringung einer Wiederklage nicht statthaft [5]) gewesen wäre, und namentlich die eine Reconvention mit einem von dem Magistrate zu L. und nachher dem Hofgerichte zu D. geführten Rechtsstreite in enger

3) Struben's rechtliche Bedenken. 1. Th. Bedenk. 72. v. Bülow's u. Hagemann's pract. Erörter. *IV*. Th. Erört. 16.

4) Der Acten.

5) Der Reichshofrath in Justiz- u. a. Sachen. Th. 3. S. 136.

Verbindung stehet, folglich hier jetzo nicht würde erhoben seyn, wenn der Implorat die Einforderung der Deserviten für solche Proceßführung an jenes Gericht der Hauptsache gänzlich verwiesen zu sehen gewünscht hätte. Das Begehren einer Moderation der einzelnen Deserviten=Rechnungen durch die verschiedenen Gerichte der Hauptsache soll daher nach der Intention des Imploraten weiter nichts enthalten, als das Verlangen, das Quantum der eingeklagten Rechnung auf diese Art in Gewißheit versetzt zu sehen, wie dies desto natürlicher ist, weil nach Vorschrift dortiger Landesgesetze jedes einzelne exlibitum sogleich bei der darauf beschlossenen Verfügung des Gerichts auch moderirt werden soll, mithin ein Zeugniß jedes Gerichts der Hauptsache die moderirte Quantität sofort darthun kann.

Nach dieser Ansicht der Sache mußte daher die Bescheinigung der Quantität jeder einzelnen Deserviten=Rechnung vermittelst solcher Zeugnisse alternativ mit dem vorhin erwähnten Beweise einer Agnition der ganzen Rechnung verbunden und dem Imploranten die Wahl zwischen beiden Beweisführungen überlassen werden.

§. 8.

Alsdann aber war man auch berechtigt die einzelnen Einreden und Wiederklagen des Imploraten nunmehro in Erwägung zu ziehen, da solchem ge-

mäß diese Sache **auf jeden Fall** vor dieses Gericht gehört. Zwar hat der Implorant dafür gehalten, daß er nicht schuldig sey, auf so illiquide Einreden und Wiederklagen sich in dem jetzigen Rechtsstreite einzulassen, indem die Deserviten-Forderungen schon dieser ihrer Qualität wegen zu den summarischen zu zählen seyen und bei ihnen der Executiv-Proceß eintrete, weshalb dann Implorant auch nach Maaßgabe der für den Executiv-Proceß dort gesetzlich bestätigten Grundsätze sich geweigert hat, auf die ihm deferirten Eide eine Erklärung abzugeben. Allein die Voraussetzung, daß alle Deserviten-Forderungen schon **an sich** im Executiv-Processe zu verhandeln seyen, ist völlig grundlos, weil die Verhandlung einer Sache im **Executiv**-Processe bekanntlich nicht sowohl von der Qualität des streitigen **Objects positiv** abhängt, als vielmehr durch die Liquidität eines über den klagbar verfolgten Anspruch sogleich beigebrachten **Urkunden**-Beweises begründet [6]) wird. Da es nun an aller Liquidität der eingeklagten Forderungen in dem vorliegenden Falle fehlte, wie sich bereits aus dem obigen ergiebt, so war ein **Executiv**-Proceß dabei nicht zuverläßig, und eben daher, wenn man auch die Deserviten-Forderung überhaupt [7]) als

6) **Gönner's** Handbuch d. Processes. *IV.* Th. Abhandl. *LXXVIII.* §. 19. *edit.* 2. **Martin's** Lehrbuch des Processes. §. 227. u. 239. *edit.* 2.

7) **Thibaut's** System des Pandect. Rechts. §. 1093. *edit.* 2.

summarisch zu behandelnde Gegenstände betrachten könnte, doch dermahlen nur ein unbestimmt summarisches Verfahren, worin ebenfalls illiquide Einreden [8]) zu hören sind, rechtlich begründet.

§. 8.

Betrachten wir somit die einzelnen Ausflüchte und Wiederklagen des Beklagten, so ist A) die dem unter lit. D. der Rechnung *) aufgeführten Deserviten-Posten entgegengesetzte Behauptung des Beklagten, daß der Kläger diesen Rechtsstreit unentgeldlich zu führen versprochen habe, zwar bei dem Leugnen des Klägers noch völlig ungewiß, allein hieraus folgt nur, daß dem Beklagten davon der Beweis jetzo müsse auferlegt und ihm gestattet werden, sich auch der Eidesdelation deshalb zu bedienen, da diese im unbestimmt summarischen Processe allerdings gestattet werden muß, und Kläger die Einlassung auf den Eid ohne Grund verweigert hat. B) Hingegen ist die Ausflucht der Zuvielforderung, welche dem Posten lit. H. deshalb vom Beklagten entgegengesetzt ist, weil diese Bemühungen des Klägers, dessen Eingeständniß *) gemäß, zum Besten mehrerer Streitgenossen aufgewendet worden sind, so lange für begründet zu halten, wie der Kläger seine vom Beklagten abgeleugnete Replik der von diesem geschehenen Intercession für das Ganze nicht dargethan hat.

8) Gönner a. a. O. IV. Th. Abhandl. LXXI. §. 13. n. 4.

Alsdann aber würde der Beklagte, zur Strafe des böslichen Leugnens, von dem beneficio divisionis weiter keinen Gebrauch [9]) machen können.

§. 9.

Hiernächst ist C) zwar die Einrede der Compensation, welche der eingeklagten ganzen Forderung nicht allein opponirt, sondern zum Theile auch noch als Wiederklage vorgetragen worden ist, zwar in den Rechten nicht ungegründet, indem ein Sachwalter allerdings verbunden ist, seiner Parthei den Schaden zu erstatten, welchen er durch rechtswidrige oder auch nachläßige Betreibung der anvertrauten Rechtssache ihr zugefügt hat; mithin wäre Kläger allerdings schuldig gewesen, sich hierauf einzulassen. Allein da des Beklagten eigne Behauptungen und die Acten, deren Beilegung derselbe zu Erläuterung dieses seines Anspruchs veranlaßt hat, bereits hinreichend ergeben, daß in facto solche Forderung ungegründet sey, so hat man dieselbe auch ohne [10]) erfolgte Einlassung des Wiederbeklagten sofort von richterlichen Amtswegen verwerfen müssen.

§. 10.

Denn aller Vorwurf, welchen der Beklagte und Wiederkläger dem Kläger als Wiederbeklagten in Rück-

9) *L. 10. §. 1. D. de fidejussor. et mandat.*

10) Martin a. a. O. §. 139.

sicht der Führung jenes Rechtsstreits wider den Domherrn von — macht, bestehet darin,

„daß er wider des jetzigen Beklagten ausdrückliche „Willenserklärung genannten Domherrn von — „den ihm deferirten Eid habe ausschwören lassen „und nicht von den Documenten, welche denselben „von der moralischen Unmöglichkeit den Eid abzuleisten, würden überzeugt haben, zeitig genug, „sondern erst dann Gebrauch gemacht habe, nachdem auf Abnahme des Eides rechtskräftig erkannt „gewesen, und dessen Zurücknahme nach rechtlichen „Principien nicht weiter Plaz habe finden können. *"

§. 11.

Nun ist aber 1) es actenwidrig, daß der jetzige Kläger und Wiederbeklagte überall zugegeben habe, daß der Domherr von — den ihm deferirten Eid wirklich ableistete. Die adjungirten Acten jenes Rechtsstreites ergeben vielmehr *, daß der jetzige Wiederkläger als damaliger Anwalt des nunmehrigen Wiederklägers ausdrücklich dagegen protestirt habe, noch ehe die wirkliche Ableistung des Eides geschehen war, und daß er zugleich die in Frage stehenden Documente producirt * habe, daß folglich der Domherr von — noch zeitig genug zur Kenntniß dieser Urkunden gelangt sey, wenn ihn dieselben hätten bestimmen können, jenen Eid nicht abzuleisten.

§. 12.

Mithin kommt es nur noch 2) darauf an, ob der jetzige Implorant die Zurücknahme des mehrgedachten Eides nach **Rechts-Grundsätzen verspätet habe**, und hierdurch Ursache geworden sey, daß seiner Protestation nicht habe deferirt werden können. Dies scheint nun freilich, wenigstens nach der Meinung angesehener Rechtsgelehrten [11]), allerdings der Fall zu seyn, weil der jetzige Implorant das, die Formel des Eides bestimmende Decret * in Rechtskraft hat übergehen lassen, ehe er den Eid zurücknahm, gleichwohl ihm jene Documente bereits früher nicht unbekannt gewesen zu seyn * scheinen. Allein wenn man die Frage, wie lange nach Inhalt der **gemeinen** Rechte ein deferirter und angenommener Haupt-Eid vom Deferenten zurückgenommen werden dürfe, nicht nach den mancherlei [12]) Meinungen der Rechtslehrer, sondern nach den Gesetzen [13]) beurtheilt, so leidet es keinen Zweifel, „licere quidem et hoc facere „et alias probationes si voluerit praestare: ita ta„men, ut hujusmodi licentia **usque ad litis** „**tantummodo terminum** ei praestetur. „Post **definitivam** autem sententiam, quae „provocatione suspensa non sit, — nullo modo

11) *G. L. Böhmer electa jur. civil. tom. 2. exercit.* 14. §. 19.

12) *Cocceji jus controvers. (edit. Emminghaus.) tom. II. pag.* 157. *seq. qu.* 26. *not. y. seq.*

13) *L.* 11. *C. de rebus creditis.*

„revocare juramentum, et iterum ad probationem „venire cuiquam concedimus; ne repetita lite, „finis negotii alterius causae fiat exordium."

§. 13.

Diese hier extrahirten Gesetzesworte legen nun, weder auf die Annahme des Eides einiges Gewicht, wie verschiedene Rechtslehrer aus einer übertriebenen [14]) Vergleichung des gerichtlichen Haupt-Eides mit dem Transact thun, noch reden sie auch von der Rechtskraft desjenigen Erkenntnisses, wodurch die Eides-Formel normirt ist, und die Partheien zum Schwörungstermine vorgeladen werden, weil diese richterlicher Verfügung weder den Namen sententia definitiva verdient, noch auch litis terminum oder finem negotii enthält, ja sogar der Rechtskraft, wenigstens in soweit nicht einmal fähig [15]) ist, als sie eine bloße Ladung enthält, in Rücksicht der normirten Formel aber wenigstens nicht mehr bewirken könnte, als daß die darin enthaltenen Thatsachen den nun unveränderlichen speciellen Beweissatz ausmachen [16]) würden. Man kann

14) Vergleiche Grolmann's Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 91. *edit.* 2. u. G. J. F. Meister's pract. Bemerk. 2. Th. 1. Bem. *n.* 6.

15) *L.* 14. *D. de re judic. L.* 9. *in f. C. de sentent. et interl. c.* 60. *X. de appellat.*

16) Quistorp's Beiträge zur Erläut. verschiedener Rechtsmat. Nr. 51. (*edit.* 2.)

daher, nach jener Gesetzesstelle, die Zurücknahme des acceptirten Haupt-Eides nur in dem Falle als durch die Rechtskraft des Decrets, welches den Schwörungstermin und die Eidesformel festsetzt, beschränkt betrachten, wenn in diesem Decrete zugleich das eventuelle Definitiv-Erkenntniß enthalten war. Dieses ist inzwischen dermahlen nicht der Fall * gewesen. Auch finden diese Grundsätze des römischen Rechts noch heutiges Tages wenigstens dann ihre völlige Anwendung, wenn die Eidesdelation zugelassen ist, ohne eine Beweisfrist dem Deferenten zu bestimmen, oder aber wenn dieselbe bei Zurücknahme des Eides noch nicht abgelaufen [17]) war, indem der Ablauf der Beweisfrist widrigenfalls schon hinreichen würde, die Substituirung anderer Beweismittel zu verhindern. An Bestimmung einer Beweisfrist, ist aber in dem vorhin gedachten Decrete ebenfalls nicht gedacht.

§. 14.

Nach dieser Ausführung hat mithin der jetzige Wiederbeklagte nicht gegen die Gesetze gehandelt, indem er ungeachtet der ihm aufgetragenen Zurücknahme der Eidesdelation jenes Decret rechtskräftig werden ließ; es ist vielmehr ein, außer seiner Verantwortlichkeit liegendes Ereigniß, ein Zufall, daß der Magi-

17) Gönner a. a. O. Thl. 2. Abhandl. 39. §. 4. u. 5. Martin a. a. O. §. 214. a. E.

strat zu L. die richtige Proceß-Theorie verkannte und in jener Rechtsstreitigkeit die Eides-Zurücknahme nicht achtete, mithin ist die auf Schadens-Ersatz gerichtete Einrede und Wiederklage des Clienten gegen ihn ungegründet.

§. 15

Eben diese Behauptung wird sich selbst dann ergeben, wenn man noch einen andern aus jenen Hülfsacten hervorgehenden scheinbaren Fehler des Wiederbeklagten, den aber Wiederkläger nicht einmal in seiner Einrede gerügt hat, genauer betrachtet, daß nämlich der jetzige Wiederkläger keine Abänderung des, wie vorhin gedacht ist, für ihn allerdings gravirenden Verfahrens des Magistrats zu L. vermittelst seiner an das fürstliche Hofgericht zu — deshalb erhobenen Querel erlangte, daran war, zufolge der damals auf eine sonderbare Intervention des Magistrats zu L. von H. und M. eingeholten Urtheile * vorzüglich die Versäumniß des decendii schuldig, welches der jetzige Wiederbeklagte, als damaliger Anwalt des nunmehrigen Wiederklägers, wider das im Schwörungs-Termine den 31. Jan. 1800 beobachtete Verfahren nach der Meinung jener Urtheilsverfasser hätte beobachten müssen, gleichwohl aber nicht beobachtet hat. Hierdurch sollte es nämlich bewirkt seyn, daß die gedachte Querel an das fürstliche Hofgericht überall nicht devolvirt worden sey.

Allein diese Behauptung der genannten beiden Juristen-Fakultäten ist unverkennbar rechtswidrig

und beruhet auf einer Verwechselung der Appellationen und sonstigen Rechtsmittel, deren man sich gegen einen richterlichen Ausspruch oder Entscheidung bedient, mit den einfachen Beschwerden, welche über das Verfahren über bloße Handlungen des Unterrichters bei einer höhern Instanz geführt werden.

§. 16.

Daß nämlich die Beobachtung des decendii ursprünglich nur bei den Rechtsmitteln vorgeschrieben gewesen sey, durch welche eine richterliche Entscheidung angefochten werden soll, ergeben α) die Worte [18]) des Gesetzes, welches diese Nothfrist neu eingeführt hat. Dasselbe folgt aber auch β) aus der bekannten Wahrheit, daß das römische Recht überall keine Appellationen von anderen [19]) richterlichen Verfügungen duldete, als von solchen, die der Rechtskraft fähig waren, welches doch nicht einmal von proceßleitenden [20]) Decreten, noch weniger aber von bloßen Handlungen eines Richters behauptet werden kann.

Wenn nun gleich das canonische Recht in der Folge auch bei allen sogenannten Extrajudicial-Appel-

18) *Nov. 23. C. 1. intra decem dierum spatium a recitatione sententiae numerandum!*

19) *L. 36. C. de appellat.* Böhmer *J. E. P. t. 1. L. 2. tit. 28. §. 2. in f.*

20) Martin a. a. O. §. 116.

lationen die Beobachtung des decendii vorgeschrieben [21]) hat, so setzt es doch ausdrücklich hinzu:

„Sed si per contradictionem debitam, vel alia „juris remedia poterit revocari grava„men ei lapsus decendii non ob„sistat."

Je weniger nun der jetzige Wiederbeklagte, als damaliger Anwalt des nunmehrigen Wiederklägers, seine Beschwerde über die Procedur des Magistrats zu L. eine Appellation auch nur genannt hat*, und je weniger in dem Schwörungstermine auch nur ein Wort von einer Entscheidung vorgekommen, sondern bloß de facto*, der Eid abgenommen ist, ohne den Antrag des jetzigen Wiederbeklagten ausdrücklich zu verwerfen; desto ungerechter war es, der simplen Beschwerde über die Procedur des Untergerichts, die Versäumniß des decendii, dessen Beobachtung dabei unnöthig [22]) war, vorzuwerfen und sie deshalb als nicht devolvirt zurückzuweisen.

Der Wiederkläger kann daher diesen Erfolg dem Wiederbeklagten ebenfalls nicht zur Last legen, sondern muß auch in dieser Rücksicht den erlittenen Verlust als einen Zufall tragen.

21) *C. 8. de appellat. in 6.*

22) Gönner a. a. O. Th. 3. Abhandl. 58. §. 5. u. 6. Abhandl. 57. §. 2. 6. u. Abhandl. 68. §. 5. Grolmann a. a. O. §. 100. ff.

§. 17.

Solchem allen nach fällt aber die letzte Einrede und resp. erste Wiederklage des Beklagten als grundlos völlig hinweg, und wir dürfen nur noch D) in Rücksicht der zweiten Wiederklage (welche sich nunmehr in eine exceptio compensationis verwandeln wird) bemerken, daß der Wiederkläger seinen Klagegrund ausdrücklich auf ein Versprechen der 2 Procent Makelgebühren gestützt habe, daher des Wiederbeklagten Einreden gegen dies Quantum * eben so ungegründet sind, als seine wider die Zulässigkeit der Compensation in derselben Acten-Nummer aufgestellte nachstehende Behauptung gesetzwidrig erscheint, daß dabei supponirt werde, „es müsse keiner Partei „daran liegen, ihre Forderung baar bezahlt zu „erhalten;" auf welchen Umstand doch bei einer, übrigens begründeten Compensation, nicht das mindeste [23]) ankommt.

§. 18.

Der Inhalt des vorliegenden Urtheils rechtfertigt sich daher aus diesem allen hinreichend, indem auch die obige Ausführung ad C) bereits die Gründe darstellt, warum wir es einer richtigen Proceßleitung für zuwiderlaufend halten, auf eine anticipirte Eidesdelation anders, als unter Festsetzung einer Beweis-

23) *Voet ad pandectas XVI. tit. 2. §. 14.*

frist[24]) einzugehen. — Daß aber die Entscheidung über die Erstattung der Proceßkosten noch ausgesetzt bleiben müsse, folgt aus dem interlocutorischen Inhalte des Urtheils von selbst, und nur die Versendungskosten sind bereits jetzt, dem bittenden Theile zur Last zu setzen gewesen.

Es hat folglich anders nicht, als geschehen ist, erkannt werden können. V. R. W.

24) Martin a. a. O. §. 177. not. b.

X.

Beiträge zu der Lehre vom Succeßionsrecht einer armen Witwe in den Nachlaß ihres Ehemannes.

§. 1.

Geschichts-Erzählung.

Die wesentlichen Thatumstände, welche zur Erläuterung des nachstehenden Urtheils, und der demselben angehängten Entscheidungsgründe bemerkt werden müssen, sind folgende:

Eibe E. starb am 2. Juni 1799 ohne Kinder, mit Hinterlassung seiner Wittwe, von welcher ein Bruder ebenfalls bald darauf starb. Sie beerbte letzteren zwar; allein trat dem ungeachtet am 14. März 1800 gegen die Intestaterben ihres verstorbenen Ehemannes, welche dessen Vermögen als Erben unter Händen hatten, klagend auf, und forderte, als arme Wittwe, von dem Vermögen ein Viertheil; erbot sich aber dabei, das Ihrige einzuwerfen. Gleich nach erhobener Klage, am 30. März 1800 verheirathete sich die Klägerin zum andernmale mit einem gewissen D.,

dessen Wohlhabenheit ausser Zweifel ist. Das Landes-Consistorium hatte diese zweite, binnen dem Trauerjahre vollzogene Heirath, förmlich gestattet. — Die Beklagten, ihres Sieges gewiß, lehnten das letzte Anerbieten ab, und wandten, theils in der Exceptionsschrift, theils in der Duplik, aber ohne allen ordentlichen Beweis, ein: die Klägerin sey an sich vermögend, sie habe nach dem Tode ihres ersten Mannes ihren Bruder beerbt, auch sey ihr jetziger Mann wohlhabend. Schon deswegen könne sie nicht als arme Ehegattin succediren; besonders aber auch nicht, weil sie innerhalb des Trauerjahrs wieder geheirathet habe.

§. 2.

Darauf giengen die Acten nach Halle, und hier ward die Klage unter Verurtheilung in die Unkosten abgewiesen, weil die Klägerin (zufolge einiger mit der Duplik beigebrachten, aber nicht einmal anerkannter Papiere) 1500 Rthlr. eignes Vermögen habe; auch Erbin ihres Bruders (auf wie viel? ergeben die Acten nicht) geworden sey, indem alles auf das tempus quartae petitae ankomme. Ohnehin müsse ihr ja ihr jetziger Ehemann, als vermögend, standesmäßige Alimente reichen.

Dagegen ergriff die Klägerin das Rechtsmittel der Revision, und nun ward ihr dann, durch ein vom Rostock eingeholtes Urtheil, nachgelassen zu erweisen: daß sie von den Zinsen ihres Vermögens, wie dasselbe

zur Zeit des Todes ihres ersten Ehemannes gewesen, nicht standesmäßig leben könne.

Dagegen wandten die Beklagten, im Wesentlichen ihre vorigen Gründe wiederholend, die Revision ein, und stützten sich besonders noch darauf, daß alles auf die Zeit der angetretenen Erbschaft ankomme. Hierauf erfolgte dann nachstehendes Erkenntniß der hiesigen Facultät, zu dessen Verständlichkeit nur noch zu bemerken ist, daß die Klägerin, jetzt Revisin, in dieser Instanz ihr anfängliches, bisher nicht acceptirtes Erbieten, das Ihrige in die Quarta einwerfen zu wollen, förmlich, jedoch nun unter Widerspruch der Revidenten, wieder zurücknahm.

—

§. 5.

Urtheil.

In Sachen weyland Eibe E. — Fol. 15. der Acten genannter Intestaterben, Beklagten, dann Revisen, jetzt Revidenten, an einem, wider dessen hinterlassene Wittwe, N. geborne G., jetzt des Gerhard Heinrich D. Ehefrau, Klägerin, dann Revidentin, jetzt Revisin, am andern Theile, in Betreff des von letzterer als Wittwe aus dem Nachlasse ihres ersten Mannes geforderten Viertheils, erkennen zum Landgericht zu — verordnete — hierdurch für Recht:

Daß es zuvörderst bei der Vol. 3. act. Fol. 241. b. 242. geschehenen Zurücknahme des von der

Klägerin Vol. 1. act. Fol. 3. zu Protocoll gegebenen Anerbietens, Einwendens ungehindert, sein Verbleiben behalte; sodann auch in der Hauptsache des eingewandten Rechtsmittels ungeachtet, das den 26. November 1805 eröffnete, Act. Vol. 2. Fol. 204 fgg. ersichtliche Urtheil zu bestätigen sey, jedoch mit der Einschränkung, daß Klägerin zu beweisen habe,

> „daß sie von den Zinsen und Einkünften ihres Ver-
> „mögens, nicht bloß wie dasselbe zur Zeit des Ab-
> „lebens ihres verstorbenen ersten Ehemannes, son-
> „dern auch wie dasselbe von da an bis zur Zeit der
> „von ihr geschehenen Erbschaftsantretung beschaffen
> „gewesen sey, nicht standesmäßig habe leben können."

Die in dieser Instanz aufgelaufenen Unkosten sind aus bewegenden Gründen gegen einander zu vergleichen und aufzuheben. V. R. W.

§. 4.

Entscheidungs-Gründe.

Es sind bei der jetzigen Lage der Acten fünf besondere Punkte unter den Parteien streitig, über welche wir, zur Begründung unseres Erkenntnisses, folgendes bemerken.

1) Da die Klägerin, nachdem ihr erster Ehemann am 2. Junius 1799 gestorben war, am 30. März 1800 wieder geheirathet hat, so ist derselben vor allen Dingen von den Beklagten der Einwand entgegen

gesetzt, daß sie, weil sie innerhalb des Trauerjahrs geheirathet habe, eo ipso von der Succession ihres ersten Mannes auszuschließen sey. Unerheblich ist es nun freilich, wenn Klägerin darauf erwiedert hat, daß das Trauerjahr nicht 12, sondern nur 10 Monate daure. Denn dieses widerlegt das Römische [1]) Recht mit dürren Worten. Auch möchten wir nicht, mit den Verfassern des angefochtenen Urtheils behaupten, daß, laut eines speciellen Gesetzes [2]), die innerhalb des Trauerjahrs heirathende Wittwe nur dasjenige verliere, was ihr der verstorbene Ehemann durch eine testamentarische Disposition zugewandt habe. Denn in den Schlußworten eben dieses Gesetzes wird jene Wittwe auch von jeder Intestaterbfolge ausgeschlossen, ausgenommen wenn ihr der Erblasser im dritten Grade verwandt sey. Nun aber sind sich ja Eheleute, als solche, gar nicht verwandt, mithin kann man ihre, auf das eheliche Verhältniß gegründete Intestatbeerbungen, auch nicht zu den gestatteten Erbfolgen im dritten Grade der Verwandschaft zählen. — Dennoch aber läßt es sich sehr leicht zeigen, daß hier aus andern Gründen nicht von den poenis festinatarum nuptiarum die Rede seyn kann: denn nicht zu gedenken, daß die Praxis überhaupt wegen des canonischen [3]) Rechts diese Strafen gänz-

1) *L. 2. C. de secund. nupt. Nov. 39. C. 2.*

2) *L. 1. C. de secund. nupt.*

3) *Cap. pen. et ult. X. de sec. nupt.*

lich außer Gebrauch gesetzt [4]) hat, so entscheidet hier für die Klägerin auf allen Fall der einzige Umstand, daß sie * von dem Consistorio zur Heirath innerhalb des Trauerjahrs förmliche Dispensation erhalten hat. Zwar wenden die Revidenten ein: diese Dispensation gestatte nur die Copulation, hebe aber nicht die Strafen der zu früh eingegangenen Ehe auf. Allein da das Consistorium hier als Stellvertreter des Regenten handelte, da schon das Römische Recht [5]) eine Dispensation von dem gedachten Verbote gestattet und da man nicht annehmen darf, daß die Staatsgewalt sich in ihren Vorschriften widerstreite, z. B. eine Handlung erlaube, und doch auf das Erlaubte eine Strafe folgen lasse, so ist jener Einwand offenbar ohne allen Gehalt.

§. 5.

Da also aus diesem Grunde die Klägerin nicht abgewiesen werden kann, die Succession der Ehefrau aber, wenn sie mit Verwandten concurrirt, an gewisse Bedingungen [7]) gebunden ist, so entsteht 2) die

4) *Alssen diss. de eo quod hodie juris est circa poen. sec. nupt. scriptas. Goetting.* 1751. §. 29. *Leyser sp.* 300. *m.* 19. *Böhmer J. E. P. L.* 4. *T.* 21. §. 18. Struben's rechtl. Bed. 3. B. *n.* 16.

5) *L.* 10. *D. de his qui not. inf.*

6) *L.* 1. *C. de his qui ven. aet. L.* 7. §. 4. *C. de praescr.* 30. *vel* 40. *ann.*

7) *Nov.* 53. *c.* 6.

fernere Frage: ob in Rücksicht der Revisin diese Bedingungen eintreten, oder nicht? Die Revidenten haben dies letzte behauptet, indem sie anführen: die Wittwe, welche ihrem Ehemann succediren wolle, müsse sich in der äussersten Armuth (in novissima egestate) befinden, wie es die angeführte Novelle klar vorschreibe. Dieses sey aber bei der Revisin nicht der Fall. Denn nach der beigebrachten * Erbtheilung habe sie bei dem Tode ihres ersten Ehemannes wenigstens 1500 Rthlr. eignes Vermögen gehabt, und noch vor angestellter Klage ihren Bruder G. beerbt. Auch sey ihr jetziger Ehemann sehr wohlhabend.

Allein wir müssen dagegen folgendes bemerken: **A**) Im Anfange des Cap. 6. der angeführten Novelle spricht Justinian zwar von einer novissima paupertas. Allein daß er von der überlebenden Wittwe bloß Armuth überhaupt, im gewöhnlichen Sinn, verlangte und daß jener Beisatz nur einer von den vielen nichtssagenden Pleonasmen ist, wodurch Justinians Styl sich überall so unangenehm auszeichnet, ist aus dem §. 2. ibid. völlig klar. Denn hier [8]) erzählt er, was er im Anfange des Cap. 6. über die Succession des Ehegatten und deren Bedingungen verordnet habe, und wiederholt zweimal ohne Zusatz, diese beständen darin, daß der verstorbene Gatte reich sey, der überlebende aber inops oder pauper. Hiebei ist denn nun

8) Etwa eben so, wie er in *L.* 13. *C. de servit.* kurz und deutlich den weitschweifigen Inhalt der *L.* 16. §. 1. *C. de usufr.* referirt.

freilich nicht bestimmt, wann Jemand für arm zu halten sey. Allein da Worte im Zweifel in ihrem gewöhnlichen Sinn zu verstehen sind, so macht dies keine Schwierigkeit, indem die Sprache jeden arm nennt, welcher, auch wenn er etwas besitzt (denn selbst der Aermste pflegt doch immer etwas, wenigstens zu seiner Bekleidung, zu besitzen), doch nicht so viel Vermögen hat, daß er von dem Ertrage desselben seinem Stande gemäß [9]) leben kann, wobei denn, da das Vermögen nur nach dem, was man hat, nicht aber nach dem, was man möglicher Weise dereinst haben könnte, geschätzt werden muß, der mögliche Verdienst durch Arbeiten gar nicht [10]) in Anschlag zu bringen ist.

§. 6.

Es reducirt sich hier mithin B) alles auf die factische Frage: ob die Revisin in diesem Verstande wirklich arm ist, oder nicht? wobei denn der weitläufige Beweis des Revidenten, daß zwischen reich und arm noch ein Drittes in der Mitte liege, ganz ungeprüft übergangen werden kann, indem, wenn Revisin ihre Armuth in jenem Sinn nicht beweist, es völlig

9) Glück von der Intestaterbfolge. §. 138. Ludolf von der Intest. Erbf. 171. *Lauterbach coll. Theor. pract. append. ad L. 38. T. 17. §. 47.*

10) (*Anonymi) Delineatio successionis inter V. et U. Hildburgh.* 1777. §. 9. *not. Schneidewin Inst. L. 1. T. 3. n. 15. 16.* Ludolf a. a. O. §. 171.

gleichgültig ist, wie man sie dann nennen will. Was nun aber das Factum selbst betrifft, so hat a) Revisin bisher durchaus geleugnet, daß sie bei dem Tode ihres Ehemannes 1500 Rthlr. gehabt habe, auch daß sie ihrem Stande gemäß von jener Summe leben könne. Es ist also, da dieselbe auf ihre behauptete Armuth ihre Klage gegründet hat, von den Rostockschen Urtheilsverfassern in dieser Hinsicht offenbar richtig auf Beweis erkannt worden. — Die Revisin hat b) es zwar nicht in Abrede gestellt, Erbin ihres Bruders geworden zu seyn. Allein wie viel sie von demselben bekommen habe, und zu welcher Zeit? dies alles liegt noch völlig im Dunkeln, und ist daher in dem angefochtenen Urtheil völlig sachgemäß, mit zum Beweise und Gegenbeweise verstellt worden. — c) Daß hingegen der jetzige Ehemann der Revisin reich sey, hat letztere selbst * zugegeben. Allein dieß ist im vorliegenden Fall völlig unerheblich. Denn wenn auch viele Juristen, deren Meinung von Hunnius [11]) am weitläufigsten vertheidigt ist, im Allgemeinen behaupten, daß eine Wittwe, welche einen reichen Mann heirathe, nun den ersten Mann nicht weiter beerben könne: so ist doch dieses (ohnehin vielen gegründeten Zweifeln unterworfene) Princip hier gar nicht anwendbar, da die Revisin schon vor ihrer zweiten Verheirathung die Erbschaft ihres verstorbenen Ehemannes angetreten hatte, wie sich gleich

11) *Ejusdem Resolut. Vol. 3. Disp. 15. Thes. 5. Qu. 49.*

näher ergeben wird, und niemand eine erworbene Erbschaft wieder verlieren [12]) kann.

§. 7.

3) Ein fernerer Streitpunct betrifft die für den Beweissatz sehr wichtige Frage: nach welchem Zeitpunkte die Armuth der Wittwe zu berechnen ist? Die Hallischen Urtheilsverfasser haben, ohne Gründe anzuführen, und ohne sich consequent zu bleiben (indem sie auch künftige Arbeiten und das Vermögen des nach der Klage geheiratheten Mannes in Anschlag bringen) den Augenblick der erhobenen Klage zum Zeitpunkt angenommen; eine Meinung, welche schon deswegen nicht bestehen kann, weil ja eine Succession der Ehegattin auch ohne Klage und Rechtsstreit denkbar ist. In dem jetzt angefochtenen Urtheile hingegen ist erkannt, daß auf den Augenblick des Todes des Erblassers gesehen werden solle. Diesen Termin nehmen denn auch alle Juristen an, welche sich über diesen Punct besonders geäußert [13]) haben, so, daß man gewiß behaupten kann, hierüber eine unbestrittene gemeine Meinung zu haben. —

12) *L. 88. D. de her. inst.* *Donelli comm. de jure civ. L. 6. c. 18.*

13) Glück a. a. O. §. 138. S. 437. f. *Brunnemann ad Cod. L. 6. T. 18. in fin.* (*Anonymus*) *Delineat. cit. §. 9. not.* Ludolf a. a. O. *Lauterbach l. c. §. 47.* *Kohl de success. conjug. P. 2. tr. 45. sqq.* *J. H. Böhmer jus. Dig. L. 38. Tit. 11. §. 3.* *Idem consult. et decis. T. 2. P. 2. Resp. 860. qu. 2.* *Ritterhus ad Novellas P. 7. c. 17. n. 14.*

Allein nur zu oft sind die communes opiniones nichts weiter, als communes errores, für welche man, auch wenn sie nicht gesetzlich für unbedeutend erklärt wären, um so weniger Respect zu haben braucht, da sie sich gewöhnlich auf nichts, als das bequeme Nachbeten der Meinung eines berühmten Vorgängers gründen, und selten als das Product des Nachdenkens der bessern Köpfe angesehen werden können. Zu den gemeinen Meinungen dieser Art gehört denn auch die eben erwähnte Theorie der angeführten Schriftsteller. Keiner derselben giebt sich die Mühe, die Gründe seiner Behauptung theoretisch zu entwickeln, sondern jeder stützt sich auf die wiederum ohne Gründe hingeworfene Behauptung seines Vorgängers, und Niemand verweilt dabei, die wichtigen dieser Theorie entgegenstehenden Zweifel zu berühren, geschweige denn ordentlich zu prüfen. Diese vom Revidenten in Anrege gebrachten Zweifel, wodurch jene Theorie geradezu widerlegt wird, sind nun aber folgende.

§. 8.

Eine Wittwe succedirt, als solche, wenn successionsfähige Blutsfreunde vorhanden sind, ihrem Ehemann nicht ab intestato, sondern nur dann, wenn sie arm, und der Verstorbene reich ist. Ihre Armuth ist also von ihrer Seite Bedingung der Succession, und in sofern ihre Successions-Fähigkeit. Nun aber ist es ein entschiedenes [14]) Princip, daß die Qualifi-

14) *L. 49. §. 1. D. de hered. inst.*

cation zur Erwerbung einer Erbschaft vom Augenblick des Anfalls an, bis zur Erwerbung derselben statt finden muß, mithin ist auch in Rücksicht der Succession einer Wittwe, jenem Princip gemäß, zu behaupten, daß die Armuth der Wittwe vom Augenblick des Todes des Ehemannes bis zur geschehenen Erbschaftsantretung statt finden muß. Zwar behauptet die Revisin, daß in dem vorhin citirten Fragment jenes Princip nur in Ansehung der testamentarischen Succession aufgestellt sey, und also bei der Intestat-Erbfolge nicht gelte. Allein wenn man von der unstreitig richtigen Bemerkung ausgeht, daß eine allgemeine Rechtsregel, welche ein Jurist bei Entscheidung eines Falles nur anwendet, nicht bloß auf diesen Fall zu beziehen, sondern als allgemeines Gesetz zu behandeln ist [15]), so läßt sich jener Einwand sehr leicht widerlegen. Denn der Jurist Florentinus handelt in der angeführten [16]) Gesetzstelle zwar ex professo nur von den Zeitpuncten der Fähigkeiten des Testaments-Erben; allein indem er darüber entscheidet, begründet er seinen Ausspruch durch die allgemeine Rechtsregel: nam jus heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem. Daß nun diese Regel auch bei der Intestat-Erbfolge gelte, zeigen überdies in bestimmten Entscheidungen andere [17]) Gesetzstellen.

15) Thibaut Theorie d. logischen Außleg. 2. Aufl. 1806. §. 16. 40.
16) *L. 49. §. 1. D. de hered. instit.*
17) *L. 1. §. 4. 8. D. ad Sct. Tertyll.*

§. 9.

Wahrscheinlich im Gefühle der Schwäche jenes Einwandes, hat sich Revisin daher noch durch andere Gegengründe zu helfen gesucht, indem sie ferner behauptet, jenes Princip passe auf allen Fall nicht hierher, A) weil die Successions-Fähigkeit darin bestehe, daß man überhaupt Erbe seyn könne, das Nichtarmseyn einer Wittwe aber dieselbe nur gewissermaßen von der Intestat-Erbfolge ihres Ehemannes ausschließe; und B) weil die Wittwe nach dem Recht der Novellen ihrem Ehemann gar nicht als Erbin, sondern titulo singulari ex beneficio legis succedire.

Allein wir müssen dagegen folgendes erinnern: ad A) schon aus den gewöhnlichsten Compendien [18]) ist es bekannt, daß die Unfähigkeit zur Erwerbung einer Erbschaft, Theils eine absolute, Theils relative ist. Dennoch unterscheiden die Gesetze bei Aufstellung der Grundsätze über die Zeitpunkte der Fähigkeiten nicht zwischen beiden, sondern stellen unbeschränkt das vorhin erwähnte Prinzip auf, daher die Unterscheidungen der Revisin als völlig willkührlich zu verwerfen [19]) sind. — ad B) Es giebt zwar viele Juristen, welche mit Müller [20]) die arme Ehefrau,

18) Z. B. *Heineccii elem. jur. civ.* §. 486. 487.

19) *L.* 1. §. 3. *D. de aleator.*

20) *Observat. ad Leyser T. 4. Fasc. 2. Obs. 672. J. H. Böhmer jus D. L. 38. T. 11.* §. 6. Rudolf a. a. O. §. 173.

weil sie ex beneficio legis succedire, nicht als Erbin behandeln wollen. Allein dieser Grund ist höchst unbedeutend. Denn ex beneficio legis succedirt ja am Ende jeder Intestat-Erbe, und nach jener Theorie würde es gar keine solche Erben geben. Dagegen zeigt es aber Novell. 53. in den Worten: nisi — hac lege heres exstiterit [21]) ganz klar, daß die Wittwe, wenigstens in dem Falle wenn sie, wie hier, ihre Portion eigenthümlich erhält, allerdings als Erbin [22]) succedirt. Nähme man aber auch das Gegentheil an, so würde die Wittwe, wie es bei dem socio liberalitatis principis wirklich der Fall ist, als gesetzliche legataria succediren, und dann bliebe wiederum die Sache unverändert, weil auch der Legatar bei Annahme des Legats [23]) fähig seyn muß.

§. 10.

Der in dem angefochtenen Urtheile gesetzte Termin muß also, zufolge der bisherigen Erörterungen, bis zu dem Zeitpunct der geschehenen Erbschafts-Antretung erweitert werden. Daß dieser auf allen Fall, nicht über die Zeit der erhobenen Klage hinausgesetzt

21) C. 6. §. 1.

22) Glück a. a. O. §. 143. *Madihn princ. jur. Rom. T. 2. §. 466.* Thibaut System des Pand. R. 2. Aufl. §. 689.

23) Ch. L. Lehr Erört. der Frage: in welchem Zeitpunct der Testaments-Erbe oder Legatar fähig seyn müsse? Darmstadt 1792. §. 20.

werden kann, und daß der Einwand der Revidenten: eine Erbschaft könne per procuratorem nicht angetreten werden, hier gar nicht paßt, ist von selbst klar. Denn in der Klage wird ja die Erbschaft nicht angetreten, sondern dieselbe unter dem Anführen, daß sie bereits angetreten sey, vindicirt. Das Mandat zur Anstellung der Klage enthielt also auf allen Fall die Erklärung der Klägerin, daß sie Erbin seyn wolle, in sich, und damit war dann [24]) eo ipso die Erbschafts-Antretung vollendet.

Da indeß Revisin behauptet hat: daß sie schon lange vor angestellter Klage sich mehrmals gegen die Revidenten für die Annahme der Erbschaft erklärt habe, und bei dieser Behauptung, des gegentheiligen Leugnens ungeachtet, fortwährend geblieben ist, so kann im jetzigen Urtheil der Tag der Antretung noch nicht als ausgemacht angenommen werden, und es muß der Revisin darüber die Aufklärung in der Beweis-Instanz vorbehalten bleiben.

§. 11.

4) Erst in der jetzigen Instanz ist es unter den Parteien streitig geworden: ob und inwiefern die Revisin schuldig sey, auf den Fall des Beweises ihrer Armuth, die ihr gehörigen Vermögens-Stücke mit in das geforderte Viertheil einzurechnen. Nach Einreichung der Klage erschien nämlich die damalige Klägerin im ersten Termin vor Gericht, und erklärte wört-

24) *Averanii interpr.* L. 1. c. 10.

lich: wie sie ihr Vermögen mit einzuwerfen bereit sey.* Statt dieses Anerbieten anzunehmen, machten die Beklagten * bloß einige Ausstellungen gegen die Unbestimmtheit desselben. Im ersten Erkenntniß blieb nun dieser Punkt, als irrelevant, unberührt, weil die Klägerin gänzlich abgewiesen ward. Nachdem aber in den Entscheidungs-Gründen des Rostockschen Urtheils ausgeführt ist, daß Klägerin sich irrig zur Einwerfung des Ihrigen erboten habe, so ist nun dieselbe in dieser Instanz * mit der Erklärung aufgetreten, daß sie durch die gedachten Entscheidungs-Gründe ihres Irrthums überführt sey, und damit, ihr nicht acceptirtes Anerbieten zurücknehme. Der darauf gemachte Gegeneinwand der Revidenten, daß eine contra emendatio libelli nach der Einlassung unerlaubt sey, ist nun freilich an sich sehr unbedeutend, sofern jene Einwerfung keine gesetzliche Schuldigkeit ist. Denn das Anerbieten der Klägerin war ja nichts, was ad fundandam actionem gehört, sondern eine neben der Klage bestehende Offerte, welche eben deswegen weil sie nicht acceptirt ward, die Klägerin nicht binden konnte. Sieht man dasselbe aber auch als Theil der Klage an, so ist doch die Revocation erlaubt. Denn unter der Voraussetzung, daß hier keine gesetzliche Verbindlichkeit existirte, bat die Klägerin irrig zu wenig, und in einem solchen Fall soll der Richter sogar von Amtswegen [25]) auf das Mehrere, was dem

25) §. 34. *J. de action.*

Kläger gebührt, erkennen. Alles reducirt sich also hier auf die einzige Frage: ob diese Einwerfung durch die Gesetze vorgeschrieben ist, oder auf irgend eine Art darnach gefordert werden kann. Viele [26]) bejahen wirklich die Frage, weil sie meinen, daß die Wittwe sich durch die Einwerfung gänzlich arm, und so zur Succession fähig machen müsse. Allein mit Recht behaupten andere [27]) das Gegentheil.

§. 12.

Denn zum Begriff des Armseyns gehört, wie gesagt, keineswegs, daß jemand platterdings nichts besitze, indem man ja sonst den Bettler, welcher eine kleine Gabe empfieng, auch nicht arm nennen könnte, welches doch niemand behaupten wird. Dagegen enthalten aber die Gesetze [28]) folgende zwei ganz entscheidende Gründe, welche der Verpflichtung zur Einwerfung entgegenstehen: A) Justinian schreibt vor, die Wittwe solle ein Viertheil von dem Vermögen ihres Mannes bekommen. Müßte sie nun ihr eigenes Vermögen mit in Anschlag bringen, so

26) Z. B. *Lauterbach l. c.* §. 47. *Stryk U. M. Tit. unde V. et U.* §. 45. *Struv Exerc.* 38. §. 39. *Bertich P.* 3. *Concl.* 26. *n. n.* 18. *Hofacker princ. jur. R. G. T.* 1. §. 482. Lubolt *l. c* §. 173.

27) *Carpzov. P.* 2. *C.* 15. *Def.* 12. *P.* 3. *C.* 20. *Def.* 15. *Anonymus delineat. citat.* §. 6. *et notae ad* §. 15. Thibaut Pand. R. §. 689.

28) *Nov.* 53. *c.* 6.

würde sie auf keinen Fall von dem Vermögen ihres Mannes ein Viertheil erhalten können. B) Justinian hielt nach dem §. 1. des angezogenen Capitels den Fall für möglich, daß die Wittwe etwas eigenes haben könnte. Dennoch schreibt er im prooemio nur vor, daß die Wittwe das vom Ehemann erhaltene Legat einwerfen solle. Der eignen Güter der Frau ist dabei gar nicht gedacht.

Man wende auch hiergegen nicht mit Manchen ein, daß bei diesen Grundsätzen der Zweck der Novelle verfehlt werde; daß Justinian nur die Absicht gehabt habe, die Wittwe gegen Armuth zu sichern, und daß sie alsdann mehr, als sie bedürfe, erhalte, wenn sie ihr Vermögen nicht miteinzurechnen verpflichtet sey. — Denn wenn auch Justinian sich durch seine Vorschrift der armen Witwen annehmen wollte, so war doch keineswegs seine Disposition darauf gerichtet, die arme Wittwe stets in die Lage zu bringen, daß sie nicht arm, aber auch nichts mehr als dies sey. Denn dann hätte er ihr, wenn die Quarta nicht zu ihrem standesmäßigen Unterhalt hinreichte, mehr, wenn aber das Viertheil mehr, als jener Zweck erfordert, beträgt, weniger anweisen müssen. Die Novelle gehört also zu den Gesetzen, welche der Kürze wegen, und um Weitläufigkeiten bei der Anwendung zu vermeiden, sich nur so obenhin nach dem Gewöhnlichen richten, und eben des-

wegen ob deficientem rationem nicht beschränkt [29]) werden dürfen.

§. 13.

5) Der letzte unter den Parteien streitige Punkt betrifft die von den Revidenten in dieser Instanz, und zwar in der Replik, aufgestellte Behauptung: Revisin habe nach dem Tode ihres Ehemannes von den Intestat-Erben Alimente angenommen, und in sofern nach der Regel: ea, quam elegisti, via ambula, für sich der Succession entsagt. Diese Behauptung steht nun der Revisin ganz offenbar nicht entgegen, auch wenn es ungegründet seyn sollte, was dieselbe behauptet, daß sie nämlich die Alimente zur Vergütung der über den Nachlaß geführten Aufsicht empfangen habe. Denn Renunciationen sind nicht zu vermuthen, und so wenig als möglich anzunehmen [30]); und aus dem Empfange dessen, was man zu fordern nicht berechtigt war, folgt, wie die ganze Lehre von der condictio indebiti zeigt, unleugbar nichts weiter, als daß man das Empfangene herausgeben, oder sich bei Gegenforderungen in Abrechnung bringen lassen muß. Wäre hier aber auch wirklich eine Entsagung vorhanden, so würde dennoch die jetzt darauf gegründete Einrede, weil sie nicht mit der

29) *L. 5. 8. 10. D. de legib. L. 1. pr. §. 3. D. de minor.* Weber v. d. natürl. Verb. §. 64.

30) Carpzov *P. 2. C. 57. Def. 5.* Mevius *P. 9. Dec. 186.*

Einlassung * verbunden ward, nach den Reichsgesetzen [31]) gar nicht weiter in Betracht gezogen werden dürfen.

§. 14.

Was endlich die Unkosten dieser Instanz betrifft, so sind dieselben schon aus dem einzigen Grunde zu vergleichen, weil das jetzige Urtheil, indem es das angefochtene Erkenntniß in Betreff eines wichtigen Punctes beschränkt, beiden Parteien Theils günstig, Theils nachtheilig ist. Der Transmissions-Kosten ist absichtlich im Urtheil nicht gedacht, da kein Theil namentlich die Actenversendung gebeten hat, und uns unbekannt ist, ob nach der Verfassung des transmittirenden Gerichts bei eingewandter Revision die Acten stets verschickt werden müssen (in welchem Fall natürlich die Revidenten, als nothwendig bittender Theil, die Transmissions-Kosten zu tragen hätten), oder ob die Versendung von Amtswegen verfügt ward. Daher dann dieser Punkt nach der Lokal-Verfassung von den dortigen Gerichten zu entscheiden ist.

Aus diesen Gründen sind wir allenthalben, wie im Urtheil enthalten, zu erkennen billig bewogen worden.

31) J. R. A. §. 37.

